Die Analogie im Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Heinz-Rudolf Fischer

Gerichtsreferendar in Dortmund.

1937

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Referent:
Geheimrat Professor Dr. Oetker,
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

Abschluß der Arbeit: Juni 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

Einleitung: 7

Erster Teil: Die Notwendigkeit der Analogie als Folge einer „formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung." 8

I. Die germanische Zeit und das deutsche Mittelalter . . . 8

II. Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. 9

III. Die Bedeutung der Artikel 104/105 der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. als Ausdruck und Anerkennung der Umwandlung des „Schöffentums" in das „gelehrte Richtertum" . . . 11

IV. Vergleichender Hinweis auf die Rechtsauffassung der Länder, in denen eine „Reception" nicht stattgefunden hat. . . . 11

V. Der Unterschied in der Rechtsfindung des „Schöffen" und des „gelehrten Richters", ein Ausdruck der „formalen Rechtsauffassung". 12

VI. Die Notwendigkeit der Analogie — ein Beweis und eine Folge der „formalen Rechtsauffassung". 14

Zweiter Teil: Das Wesen der Analogie und ihre Bedeutung im Strafrecht. 15

I. Die Analogie als Mittel zur Ausfüllung von Lücken im Gesetz. 15

II. Analogie und Auslegung vom Standpunkt der Richtertätigkeit aus betrachtet. 19

III. Der § 2 alter Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs. . . . 21

Dritter Teil: Das Analogieverbot als Folge einer politischen Begründung der formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung 23

I. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Analogieverbotes. . 23

II. Das Analogieverbot in der Gesetzgebung der europäischen Staaten. 26

III. Die deutsche Strafrechtswissenschaft und das Analogieverbot. . 30

IV. Das Analogieverbot in der Praxis des Reichsgerichts. . . 33

V. Notwendigkeit des Analogieverbotes in der Zeit des Liberalismus. 37

Vierter Teil: Die Bedeutung der Analogie im Strafrecht des Dritten Reiches. 40

I. Die Neufassung des § 2 StGB. 40

II. Ausgangspunkte für die Untersuchung nach der Bedeutung dieser neuen Fassung des § 2 StGB. 42

III. Analogie und „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze". 45

Schluß. 48

Schrifttum.

Ackermann, Barbara: Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht, Breslau-Neukirch 1934.

Bar, von: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I. 1906.

Bar, von: Handbuch I, Geschichte des deutschen Strafrechts.

Beseler, Georg: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843.

Beyer, Justus: Auslegung und Rechtsfindung in „Jugend und Recht" 1935 Nr. 8 S. 171 ff.

Binding: Handbuch des Strafrechts, I. Band, Leipzig 1885.

Binding: Die Normen I., Leipzig 1916.

Bortolotto, Guido: Faschismus und Nation, Hamburg 1932.

Brändl: in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Einführungsgesetze, 10. Aufl. 1935 Band 1. Einleitung (Zitierweise: Staudinger).

Brunner: Überblick über die Geschichte der französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen, in Holzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1890 Seite 304 ff.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, Leipzig 1887.

Bunge: Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Okt. 1930, (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher, Nr. 50), Berlin und Leipzig 1933.

Burckhardt, W.: Methode und System des Rechts, Zürich 1936.

Dieterich, Adelheid: Analogie und Auslegung, im besonderen Analogie und Auslegung in § 242 StGB (Wert- und Substanztheorie), Diss. Marburg 1932.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1929 (Zitierweise: Leipziger Kommentar).

Eick, Walter: Die Analogie im Strafrecht, Diss. Gießen 1912.

Elvers, Kurt: Die Bedeutung des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung, Diss. Göttingen 1910.

Erner: Gerechtigkeit und Richteramt, Leipzig 1922.

Feuerbach: Lehrbuch des Peinlichen Rechts. Herausgegeben von Mittermeier, 1847.

Finger: Strafrecht, in Stammler Enzyklopädie: Das gesamte deutsche Strafrecht in systematischer Darstellung, Band II, Berlin 1932.

Frank, Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1931.

Freisler: in Zeitschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht usw., Heft 1 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht.

Freisler: Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Sonderdruck Nr. 2; Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1935.

Gallas, Wilhelm: Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik vom 22. Nov. 1926, Nr. 49 der Sammlung Außerdeutscher Strafgesetzbücher, Berlin-Leipzig 1931.

Geib: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Band I, Leipzig 1861.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Lehrbuch, Berlin-Leipzig 1932.

Glandorff, Karl: Nulla poena sine lege usw., Diss. Tübingen 1934.

Gneist: Die Entwicklung der englischen Parlamentsverfassung, in Holzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1890, S. 1377 ff.

Goetzeler: Gerichtssaal 104, 343 fg.

Gürtner, Franz: Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, in: Das kommende Deutsche Strafrecht — Allgemeiner Teil — Berlin, I. und II. Auflage.

Hafter: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Berlin 1926.

Heinze, Johannes: Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen. Seine Berechtigung und Grenzen, Diss. Breslau 1917.
Henkel, Heinrich: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. Heft 10 „Der Deutsche Staat der Gegenwart", Hamburg 1934.
Henkel, Heinrich: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, Heft 3 „Der Deutsche Staat der Gegenwart", Hamburg 1934.
Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft.
Hennings, Herbert: Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege, Diss. Göttingen 1933.
Hildebrandt, Heinz: Rechtsfindung im neuen Deutschen Staate. V. Gruppe Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Berlin-Leipzig 1935.
Hiller: Die Grundlagen des faschistischen Staates, Berlin 1935.
Hippel, von: Deutsches Strafrecht, Band I Berlin 1925, Band II Berlin 1930.
Hitler, Adolf: Mein Kampf, 1933.
Ihering, von: Der Geist des römischen Rechts.
Kohler: Deutsches Strafrecht.
Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts, 1912.
Krengel, Hellmuth: Die Analogie im Strafrecht, Diss. Frankfurt 1928.
Larenz: Rechtsperson und subjektives Recht, in Larenz: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage, 1927.
Luetgebrune: in Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht usw., Heft 1 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht.
Mayer, M. E.: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1915.
Merkel: Analogie und Auslegung der Gesetze in Holzendorffs Handbuch II, 1871, S. 67 ff.
Mezger: Strafrecht, 2. Aufl., München-Leipzig 1933.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig 1922.
Michaelis: Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des Fremden Rechts, in Larenz: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935.
Mommsen: Römisches Strafrecht, 1899.
Nicolai, Helmut: Die rassengesetzliche Rechtslehre. Nationalsozialistische Bibliothek, Heft 39, 2. Aufl., München 1933.
Oetker: in Frank: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Auflage, München.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1927.
Savigny, v.: System des römischen Rechts, Band I.
Schäfer und v. Dohnanyi: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935; in Frank, Reinhard. Nachtrag zur 18. Auflage, Tübingen 1936.
Schaffstein: Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, Leipzig 1934.
Schaffstein: Politische Strafrechtswissenschaft, Heft 4. „Der Deutsche Staat der Gegenwart", herausgegeben von Prof. Dr. Carl Schmitt, Hamburg 1934.
Schinnerer: Z. f. Strafrechtswiss. 55, 768 fg.
Schottlaender: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes nulla poena sine lege. Strafrechtliche Abhandlungen 1911, Heft 132.
Schmitt, Carl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Heft 2, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Hamburg 1934.
Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1874.
Schwarze: Kommentar des Strafgesetzbuches, 1874.
Siegert: Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat, Tübingen 1934.
Stölzel: Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien, 1872.
Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 1860.
Stoß: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1913.

Stintzing: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I. Abteilung, München-Leipzig 1850.
Thierfelder, Rudolf: Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage. Nr. 5, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Neue Folge, Tübingen 1934.
Thierack: in Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für Deutsches Recht usw., Heft 1, Schriften der Akademie für Deutsches Recht.
Thyrén: Die beiden Vorentwürfe zu einem dänischen Strafgesetzbuch, in „Deutsche Strafrechtszeitung, 6. Jahrg., Heft 7/8.
Thyrén: Prinzipien einer Strafrechtsreform, Berlin und Lund.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.
Wolf, Erik: Krisis und Neubau der Strafrechtsreform, Tübingen 1933.
Zitelmann, Ernst: Lücken im Recht, Leipzig 1903.
Zoepfl: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. usw., Heidelberg 1842.
Wach: Legislative Technik, in Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 6.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz, Heft 10.
Goltdammers Archiv.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RG).
Deutsche Juristenzeitung (DJZ).
Deutsche Justiz.
Deutsches Recht, Herausgeber: Dr. Hans Frank — Zentralorgan des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen.
Deutsches Strafrecht, Herausgeber: Dr. Roland Freisler.
Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen, herausgegeben von Oetker, Schoetensack und Nagler.
„Jugend und Recht", Organ der Reichsgruppe Jungjuristen des BNSDJ — Herausgeber: Gerd Rühle.
Reichsverwaltungsblatt.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift).
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Zeitschrift für privates und öffentliches Recht der Gegenwart.

Einleitung.

In dem Kampfe, der insbesondere in den letzten Jahren um die Beibehaltung oder die Beseitigung des Analogieverbotes auf dem Gebiete des Strafrechts geführt wurde, und der in dem Gesetz vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) mit der Einführung der „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" seinen vorläufigen gesetzlichen Abschluß fand, ist es offenbar geworden, daß das Erfordernis der Analogie im Rechtsleben schlechthin, so wie die Frage eines Verbotes der Analogie im Strafrecht der Ausdruck einer besonderen Auffassung vom Recht überhaupt und vom Strafrecht im besonderen darstellen.

Wenn wir auf Grund dieser Erkenntnis das Wesen der Analogie aufzeigen und die Bedeutung, die ihr im Lauf der Geschichte im deutschen Strafrecht zukam, sowie die Rolle, die sie heute im nationalsozialistischen Staate spielt, aufdecken wollen, so haben wir davon auszugehen, daß jede geltende Rechtsauffassung und damit auch die Auffassung des Strafrechtes ihren Ursprung hat in der jeweils geistigen Haltung eines Volkes in seinen führenden Schichten auf dem betreffenden Rechtsgebiet. Wir müssen also bei einer Untersuchung der geistesgeschichtlichen Grundlagen der Analogie und des Analogieverbotes in der Geschichte unseres Volkes diejenigen Epochen einer näheren Betrachtung unterziehen, in denen die Grundlagen für das deutsche Rechtsdenken gelegt wurden. Dabei erscheinen uns heute die Einflüsse, die jenes Rechtsdenken vor der nationalsozialistischen Revolution erzeugten, bisweilen geradezu als Einbrüche in eine bestehende Gedankenwelt, insoweit wir sie untersuchen an Hand von Gesetzen oder wissenschaftlichen Äußerungen in denen die Einflüsse zum Ausdruck kamen. In Wirklichkeit waren diese Kräfte schon am Wirken, lange bevor sie in den betreffenden Gesetzen oder Werken der Literatur ihren Ausdruck oder ihre Zusammenfassung fanden, und brauchten auch nachher noch lange Zeit zu ihrer Entwicklung und Durchsetzung, sodaß sich diese scheinbar spontan einsetzende Änderung und Ausbildung der Rechtsauffassung in Wirklichkeit in einem langen, geistigen Ringen überkommener Anschauungen mit den neuen Kräften abgespielt hat, welches tatsächlich niemals ganz zum Stillstand gekommen ist.

Einer derartigen, grundlegenden Gestaltung, die für den Begriff der Analogie und deren Verbot maßgebend gewesen ist, war das deutsche Rechtsdenken ausgesetzt einmal zur Zeit der Übernahme des römischen Rechtes im 15. und 16. Jahrhundert und später in der Zeit der Aufklärung und der Französischen Revolution.

In dieser Arbeit ist es weder erforderlich, noch besteht die Möglichkeit, diese Einflüsse der Reception und der Aufklärungszeit eingehend zu erörtern. Jedoch scheint es notwendig, der Klarheit der Darstellung halber, insbesondere soweit es sich um die Reception handelt, etwas weiter auszuholen.

Erster Teil.

Die Notwendigkeit der Analogie als Folge einer „formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung".

I. Die germanische Zeit und das deutsche Mittelalter.

Betrachten wir das germanische, das fränkische Strafrecht, sowie das Strafrecht des deutschen Mittelalters, so sehen wir, daß diese Zeit — um einen uns geläufigen Ausdruck zu benutzen — vom „Gewohnheitsrecht" beherrscht war[1]). Dies wurde entweder durch unmittelbare Anwendung im Rechtsleben entwickelt und fortgebildet, oder es wurde mit Hilfe der verschiedensten Rechtsaufzeichnungen gefunden.

Solche Aufzeichnung des „Gewohnheitsrechtes" waren die vom 5. bis zur Mitte des 8. Jahrhunderts entstandenen Volksrechte (die sogenannten leges barbarorum) und später im 13. Jahrhundert die Rechtsbücher, vor allem der Sachsenspiegel, und auf ihn aufbauend der Spiegel deutscher Leute und der Schwabenspiegel. Die Kapitularien der fränkischen Könige und später die Landfrieden hatten in der Hauptsache nur die Aufgabe, rechtsangleichend unter den politisch zusammengeschlossenen deutschen Volksstämmen zu wirken, oder regelten wie die Letzteren nur Teilgebiete[2]). Soweit sie strafrechtliche Bestimmungen enthielten, hatten sie nicht die Bedeutung von Kodifikationen, also von erschöpfenden Regelungen, ebensowenig wie die bereits erwähnten Landrechte und die im Lauf des Mittelalters weiterhin entstandenen Partikularrechte, wie Stadt-, Dorf-, Lehn-, und Dienstrechte, Zunftordnungen usw. Vielmehr galten diese verschiedenen Rechtsaufzeichnungen zum Teil neben- oder übereinander, oder sie verwiesen auf Gewohnheitsrecht und die Einsicht der Urteilenden, die nach ihrem „pesten versteen und Gestalt einer yeden ubeltat"[3]) urteilen sollten.

Alle diese Rechtsaufzeichnungen sollten also in ihrem überwiegenden Inhalt kein neues Recht schaffen, oder setzen, sondern nur, um es um so fester im Bewußtsein zu erhalten, und um jedem Zweifel zu begegnen das

---

1) Für die aufeinanderfolgenden Epochen: Brunner: I S. 110, S. 286, S. 291; Stobbe: I S. 6, S. 270 ff.; v. Hippel: I S. 101, 109, 126, 128.

„Gewohnheitsrecht" kann aber hier nicht nur in dem herkömmlichen Sinne, etwa als „dauernde, gleichmäßige Rechtsübung" verstanden werden. Diese ist wohl ein Kennzeichen des ungeschriebenen Rechts, nicht aber dessen Entstehungsgrund (Beseler: S. 62). Denn es galt ja gerade, wenn es Ordnung und Sitte verlangte, eine rechtliche Entscheidung zu treffen, auch wenn keine bereits bestehende Rechtsgewohnheit vorhanden war.

2) Stobbe: I S. 218, S. 475.

3) Vgl. etwa die tiroler Halsgerichtsordnung von 1499; ebenso v. Hippel: I S. 140; v. Bar: I S. 117.

geltende Recht durch die Schrift fixieren[4]). Deshalb sagt Eicke v. Repkow in seiner gereimten Vorrede zum Sachsenspiegel: „Diz recht hân ich selbe nicht irdâcht, iz habent von aldere an unsich gebracht, Unse gûten vorevaren."

Diese Tatsache wird vor allem auch dadurch bewiesen, daß es einmal nur dann zu Rechtsaufzeichnungen kam, wenn und soweit die deutschen Stämme mit fremden, vor allem römischen Rechtsauffassungen in Berührung kamen[5]). Sobald diese Berührungen, z. B. gegen Ende des 9. Jahrhunderts aufhörten, gerieten auch diese Rechtsaufzeichnungen wieder in Vergessenheit, da ein Bedürfnis für sie nicht mehr vorhanden war[6]). Oder aber es hatten im Lauf der weiteren Entwicklung Umschichtungen und Neubildungen von Ordnungen, — sei es politischer, wie die Umbildung und Zusammenfassung der Stämme in Territorialstaaten, sei es wirtschaftlicher Art, wie das Aufblühen der Städte und das Aufkommen der Stände, — stattgefunden, was infolge der Verschiedenartigkeit und Vielgestaltigkeit nebeneinander bestehender Ordnungen und Rechtskreise zur Abgrenzung und Klarstellung der einzelnen Rechtsmaterien durch schriftliche Fixierung führte[7]).

Da jedoch diese Umschichtung und politische Neubildung mehr oder weniger willkürlich, der Macht der einzelnen Fürsten und Stände entsprechend vor sich gingen, deckten die nun entstandenen politischen Ordnungen sich nicht mehr mit den Kreisen oder Bezirken gleicher Rechtsanschauung. Vielmehr durchschnitten und überschnitten sich die Grenzen politischer Natur und der einzelnen Rechtsgebiete derart, daß die Vielgestaltigkeit des deutschen Rechtslebens sich jetzt praktisch als Zersplitterung darstellte, die zu immer größer werdender Rechtsunsicherheit führte. Denn hinzu kam, daß infolge dieser Zersplitterung nicht mehr Angehörige gleicher Lebenskreise und Rechtsauffassungen über ihresgleichen urteilten, das Rechtsgefühl versagte, und vielfach die Entscheidungen unrichtig waren, oder mindestens so aufgefaßt und damit als Willkür betrachtet werden mußten.

II. Die peinliche Gerichtsordnung Karls des V.

Um diesem Übelstand auf strafrechtlichem Gebiete abzuhelfen[8]), ließ Karl V. durch den Reichstag zu Regensburg im Jahre 1532 eine Gerichtsordnung zum Reichsgesetz erheben: „Kaiser Karl's des Fünften und des Heiligen Römischen Reiches peinliche Gerichtsordnung"[9]). Diese enthält, auf Artikel 125/126 der Bambergensis des Freiherrn von Schwarzenberg

4) Vgl. Brunner: I S. 282; II S. 6; ebenso Stobbe: a. a. O.
5) Brunner: S. 283.
6) Brunner: ebendort.
7) Michaelis in Larenz; vgl. hierzu auch Kahle: in Deutsches Recht 1936 S. 198.
8) Vgl. Geib: S. 261.
9) Im folgenden PGO abgekürzt.

aufbauend, in Artikel 104 und 105 Bestimmungen, die eine vollkommene Umwandlung des bisherigen Rechtslebens auf strafrechtlichem Gebiet gesetzlich zum Ausdruck brachten.

Inwieweit diese Umwandlung durch die PGO, die ja durch die salvatorische Klausel viel an ihrer Wirkungskraft als Reichsgesetz einbüßte, erfolgte, oder wieweit diese lediglich einen bereits bestehenden Zustand gesetzlich anerkannte, mag dahingestellt bleiben.

Sie bestimmt in dem dritten Satz des Artikel 104[10]: „... Aber sonderlich ist zu mercken, inn was sachen (oder der selben gleichen) vnser Kayserlich recht, keynerlei peinlicher straff am leben, ehren, leib oder glidern setzen, oder verhängen, daß Richter vnd urtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen."

Damit erkennt sie das Keyserlich, das römische Recht[11], als Grundlage des deutschen Strafrechts an[12] und bestimmt im vierten Satz[10]: „Vnd damit richter vnd vrtheyler die solcher rechten nit gelert sein, mit erkanntnuß solcher straff destoweniger wider die gemeten rechten, oder gute zulessig gewonheytten handeln, so wirt hernach vonn etlichen peinlichen straffen, wann vnnd wie die gedachten recht guter gewonheyt, vnd vernunfft nach geschehen sollen, gesatzt"[13].

Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob die Deliktstatbestände der PGO nur Anweisungen an die Richter und Urteiler „die solcher rechten nit gelert sein", sein sollten, also nur den Wert von Beispielen für die richterliche Erkenntnis hatten[14] oder ob wir die Aufzählung der Delikte als eine erschöpfende ansehen wollen[15]. Jedenfalls wird dort in Verbindung mit Artikel 105 PGO bestimmt[16], daß die Fälle, die in der PGO selbst nicht ausdrücklich geregelt oder nicht genügend erklärt sind, dem Keyserlichen recht und der PGO gemäß zu entscheiden sind. Jedoch bestimmt Artikel 105, daß in derartigen Fällen die ungelehrten Richter Rats fragen sollen, wie in solchen Fällen die Entscheidung zu lauten habe und alsdann ihrer Erkenntnis danach tun.

---

10) Zit. nach Zoepfl.
11) Über diese Bedeutung des „Keyserlich recht" vgl. v. Hippel: I S. 160 Anm. 4.
12) So auch v. Bar: I S. 119, S. 122.
13) Zit. nach Zoepfl.
14) Elvers: S. 11; Hennings: S. 6.
15) v. Hippel: I S. 176, der wegen der Vielzahl, der in der PGO aufgeführten Fälle diese ausdrückliche Bestimmung als unverständlich bezeichnet.
16) Artikel 105 PGO zit. nach Zoepfl: „Item ferrer ist zuuermercken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachuolgenden artickeln nit gesetzt oder genugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter vnd vrtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie inn solchen zufelligen oder vnuerstendlichen fellen, vnsern Keyserlichen rechten, vnd diser vnser ordnung am gemeßigsten gehandelt unnd geurtheylt werden soll, vnd alßdann jre erkantnuß darnach thun, Wann nit alle zufellige erkantnuß vnd straff inn diser vnser ordnung gnugsam mögen bedacht vnd beschriben werden."

III. Die Bedeutung der Artikel 104/105 der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. als Ausdruck und Anerkennung der Umwandlung des „Schöffentums" in das „gelehrte Richtertum".

Die Bedeutung dieser Bestimmungen für unsere Untersuchung liegt weniger darin, daß das Kayserlich, das römische Recht, als Grundlage des deutschen Strafrechts gesetzlich anerkannt und damit „die Reception positivrechtlich entschieden" wurde[17]). Das mag eine nicht zu umgehende, auch heute zu rechtfertigende staatspolitisch kluge Maßnahme gewesen sein, insofern sie die Grundlage für eine einheitliche Regelung auf strafrechtlichem Gebiet abgeben konnte, so wie dies 600/700 Jahre früher die Christianisierung auf religiösem Gebiete tat.

Für unsere Frage ist vielmehr die Tatsache von besonderer Bedeutung, daß in den Fällen, in denen früher die Entscheidung mangels einer passenden gesetzlichen Bestimmung dem „pesten versteen" der Schöffen und Richter überlassen war, nunmehr gemäß Artikel 105 PGO die Aussprüche der „rechtsuerstendigen"[18]) d. h. derjenigen, die des römischen Rechts kundig waren, eingeholt werden mußten.

Es bedeutet dies somit im Zusammenhang mit Artikel 104 PGO, daß das Gewohnheitsrecht sowie die gewohnheitsmäßige Rechtsbildung, die ja immer einmal ihre Entstehung in dem besten Verstehen einer Einzelperson hat, als Grundlage für eine Bestrafung ausgeschlossen war, und die PGO und das römische Recht als alleinige Rechtsquelle zu gelten hatten[19]).

In diesen Bestimmungen offenbart sich demnach eine Umwandlung der deutschen Rechtsauffassung und Rechtsprechung, die — nicht nur auf strafrechtlichem Gebiet — sich in der deutschen Gerichtspraxis schon seit einiger Zeit angebahnt hatte, und deren Entwicklung somit gesetzlich sanktioniert und gefördert wurde: Es ist dies das Absterben des Schöffentums und damit das „Erlöschen des Prinzips autonomer Rechtsfindung"; an die Stelle des Schöffen tritt der gelehrte Richter und „damit die formale Autorität des geschriebenen Rechts"[20]).

IV. Vergleichender Hinweis auf die Rechtsauffassung derjenigen Länder, in denen eine „Reception" nicht stattgefunden hat.

Ein Umwandlungsprozeß in der Rechtsauffassung, wie er in Deutschland in der Ablösung des Schöffentums durch das gelehrte Richtertum zum Ausdruck kam, hat sich jedoch in den Ländern, die keine Reception des römischen Rechts erlebten, in der hier zu erörternden Weise nicht abgespielt.

17) v. Hippel: I S. 176.
18) Vgl. Artikel 219 PGO.
19) v. Bar: I S. 122; Hennings: S. 6/7. Durch die „salvatorische Klausel" wurde diese Regelung zwar mehr oder weniger durchbrochen. Jedoch spielt dies hier, wo es sich um die grundsätzliche Frage der Art der Rechtsfindung handelt, keine Rolle.
20) Zitate bei Stinzing S. 49 ff.

Als Beispiele sind in diesem Zusammenhang die skandinavischen Länder, die Schweiz und vor allem England zu nennen. Als in England eine Willkürherrschaft auf rechtlichem Gebiet einreißen wollte, kam es im Jahre 1215 zur Magna Charta, die in ihrem Artikel 39 bestimmte, daß kein freier Mann unter anderen bestraft werden dürfe, „nisi per legale judicium parium vel per legem terrae". Durch diese Bestimmung wurde jedoch — wie es Hennings an Hand umfangreicher Quellen überzeugend nachgewiesen hat[21]) — keineswegs das geschriebene Recht zur Grundlage der englischen Rechtsprechung gemacht, sondern die bestehende alte Gerichtsverfassung garantiert[22]). Gewohnheitsrecht (Common Law) sowohl wie die Entscheidung nach Präjudizien, (das sogenannte Case Law) sind zusammen mit dem sogenannten Statute Law, dem gesetzten Recht[23]) jederzeit und noch heute die Grundlage der englischen Rechtsprechung geblieben[24]).

Ähnlich war es in Dänemark bis um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, was daraus hervorgeht, daß in Schleswig-Holstein die Dinggerichte, in denen „zwölf angesehene Holsten" Recht sprachen, erst infolge der politischen Ereignisse im Jahre 1866 abgeschafft wurden[25]).

Es würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, wollte man diese Tatsachen, insbesondere inwieweit sie eine Folge davon sind, daß in diesen Ländern keine Reception stattgefunden hatte, einer eingehenden Untersuchung unterziehen. Sie müssen jedoch hier festgestellt werden, da sonst nicht verständlich sein würde, warum in diesen Ländern wie wir später sehen werden[26]) — ein Verbot der Analogie entweder überhaupt nicht oder erst infolge der gleichzeitig stattfindenden Umwandlung der Rechtsauffassung erfolgen konnte.

V. Der Unterschied in der Rechtsfindung des „Schöffen" und des „gelehrten Richters", ein Ausdruck der „formalen Rechtsauffassung".

Nach alter deutscher Gerichtsverfassung war Richter nicht der Urteiler, sondern derjenige, der kraft eigener Gerichtsbarkeit oder im Auftrage des Gerichtsherrn das Gericht „hegte". Nicht er, sondern die Schöffen fanden das Recht[27]). Dabei entstammten die Schöffen stets denselben Rechtskreisen, derselben Ordnung wie der zu Verurteilende. Sie waren Ange-

21) a. a. O. S. 17/28; ebenso Klee a. a. O.

22) Vgl. besonders Artikel 20 bis 23 der Magna Charta. Ebenso Rich. Schmidt in Gerichtssaal 96 S. 23.

23) Heute enthalten in dem Statute Book, einer seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts bestehenden Zusammenstellung der einzelnen Gesetze von der Magna Charta an. (vgl. auch Brunner: in Holzendorf S. 336.

24) So v. Hippel: I S. 415; v. Liszt: S. 105; u. a.

25) Stölzel: S. 606.

26) Vgl. unten S. 26 f.

27) Stimmina: S. 49 ff.: ebenso C. Schmitt: in Deutsches Recht 1934 S. 225 ff.; vgl hierzu Kahle: in Deutsches Recht 1936 S. 198 und C. Schmitt: Die drei Arten. Vgl. auch Beyerle: i. DJZ 1936 Sp. 497.

hörige desselben Stammes, oder als die Stammesordnungen von den neuen Ordnungen abgelöst waren[28]), sprach der Bauer als Schöffe über Bauern, der Stadtschöffe über den Städter, der Zunftangehörige über seinen Zunftgenossen, der Adlige über seinen Standesgenossen usw. Recht[29]).

Der Richter unterscheidet sich vom Schöffen bei unserer Erörterung dadurch, daß dieser in seinem Urteil das Dasein eines Rechtssatzes bezeugt, den er aus eigenem Bewußtsein und eigener Erfahrung schöpft[30]). War nach seiner Überzeugung die Lebensordnung, welcher er angehörte, gestört worden, so wußte der Schöffe, daß Unrecht geschehen war, welches entweder beseitigt oder geahndet werden mußte[31]). Der Richter dagegen ging nicht von dieser Grundlage aus, sondern brachte lediglich ein Recht, welches außer ihm da war, dessen Kenntnis er sich von außen her angeeignet hatte, auf den einzelnen Fall zur Anwendung. „Eins war früher das Recht mit dem subjektiven Gefühl. Jetzt trennen sich beide. — An die Stelle des subjektiven Inneren tritt etwas objektiv Äußerliches. Nicht das ist mehr Rechtens, was in der Brust des Subjekts lebt, sondern der tote Buchstabe. Eins war früher das Recht mit dem Leben, wie letzteres sich bewegte und gestaltete, so auch jenes, das Recht war nie hinter der Zeit zurück, stand nie mit ihren Bedürfnissen im Widerspruch. Mit dem Gesetz hört diese Einheit auf. Das Recht steht nicht mehr innerhalb des Lebens und schreitet nicht mehr von selbst mit ihm fort, sondern es steht außerhalb desselben, regungs- und bewegungslos und richtet von außen her seine Gebote an das Leben." Mit diesen Worten charakterisiert Ihering[32]) die Wandlung, die hier in diesem Umwandlungsprozeß zum Ausdruck kommt.

Während das Urteilen des Schöffen zugleich Rechtsproduktion war, insofern er das Recht aus seiner Überzeugung heraus bildete, ist das Urteilen des gelehrten Richters reine Anwendung gegebener Normen, denn er bildet seine Überzeugung nach dem Recht, wie es sich ihm in der für ihn maßgebenden schriftlichen Formulierung darstellt. „Sein Urteil ist erst die technische Tätigkeit des Juristen: Die logische Subsumtion des einzelnen Falles unter die objektive Rechtsregel"[33]).

Da der Schöffe die Entscheidung über Recht oder Unrecht in seiner eigenen sittlichen und rechtlichen Überzeugung, aus der geschichtlich entstandenen Ordnung heraus, in welcher er lebte, fand, geschah seine Rechtsfindung unmittelbar, nicht erst mittelbar durch Anwendung und Auslegung von Gesetzen[34]). Und somit war auch in Fällen, für die noch keine Rechtsregel bestand, ein Analogieschluß nicht erforderlich. Der Schöffe konnte jedoch, wenn es notwendig erschien, die Richtig-

28) Vgl. oben S. 8.
29) Vgl. Anm. 27 der vorhergehenden Seite.
30) Stinzing: S. 50.
31) Vgl. C. Schmitt: in Deutsches Recht 1934 S. 225; Stinzing: a. a. O.
32) Ihering: Geist II, 1 S. 35.
33) Stinzing, a. a. O.
34) ebenso Beyer: in „Jugend und Recht" 1935 S. 172.

keit seiner Entscheidung an Hand der Rechtsaufzeichnungen wie in einem Spiegel auf ihre rechtliche Sauberkeit d. h. Richtigkeit prüfen und beweisen, oder — falls die Rechtsaufzeichnungen eine ausdrückliche Regelung einer Begebenheit des täglichen Lebens nicht enthielten —, darauf hinweisen, daß in ähnlichen Fällen die Rechtsaufzeichnung bereits dieselbe von ihm getroffene Entscheidung enthielt.

Für den gelehrten Richter aber ist die Rechtswidrigkeit erst und dann von vornherein gegeben, wenn er den Fall unter die bestehende Rechtsregel subsumieren kann. Daher liegt in dieser Umwandlung zugleich der Sieg eines neuen Prinzips: Die Unterordnung unter eine außerhalb des Richters stehende formal bindende Rechtsautorität und damit praktisch der Ausgangspunkt der **formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung:**

> Recht oder Unrecht ist, *was und weil* es im Gesetz als Recht oder Unrecht bezeichnet, in letzterem Fall also mit Strafe bedroht ist.

VI. Die Notwendigkeit der Analogie, ein Beweis und eine Folge der formalen Rechtsauffassung.

Der Beweis für vorstehend entwickelte Ansicht findet sich in der PGO selbst: Es ist die nunmehr auftauchende Notwendigkeit der Analogie.

Ergab sich nämlich aus irgend einem Bedürfnis heraus, daß über einen Fall entschieden werden mußte, ohne daß für diesen eine Strafe gesetzt war, oder daß er „nit genugsam erklert oder verstendig" war, so durfte wie die Artikel 104/105 PGO zum Ausdruck brachten, die Entscheidung ob Recht oder Unrecht nicht nach „Gewohnheitsrecht" oder besser nach „pesten versteen" entschieden werden. Vielmehr mußte auch in derartigen „zufelligen" oder „vnuerstendlichen fellen" die Entscheidung, ob ein strafbares Unrecht vorlag oder nicht, an Hand der PGO und des römischen Rechtes ergehen[35]). Es ist zwar richtig, wenn betont wird, daß hierdurch der Richter nicht an gesetzlich bestimmte Straftatbestände gebunden war[36]). Aber sollte ein Ereignis des täglichen Lebens rechtlich beurteilt werden, das nicht ausdrücklich in den Gesetzen beschrieben war oder auf das ein Gesetz nicht genau paßte, so durfte der Richter nicht mehr eine unmittelbare Entscheidung nach „pesten versteen" herbeiführen, indem er das Recht in seiner eigenen Überzeugung aus der bestimmten Lebensordnung, welcher er angehörte heraus, fand, sondern er mußte auch in diesem Falle eine Entscheidung *aus dem Gesetz* treffen.

Um unter diesen Umständen eine Entscheidung herbeiführen zu können, bedurfte es eines komplizierten Denkvorganges. Als ein solcher bot sich dem Richter unter anderen Konstruktionsmöglichkeiten die *Analogie* dar, auf welche das römische Recht verschiedentlich hinwies[37]).

35) Ebenso im Ergebnis C. Schmitt: in Deutsches Recht 1934 S. 225 ff.; Schwister: DJZ 1934 Sp. 1429 ff.

36) So Freisler: in Schutz usw. S. 7.

37) z. B. Dig. 48, 4, 7, 3; Dig. 48, 9, 3.

Zweiter Teil.

Das Wesen der Analogie und ihre Bedeutung im Strafrecht.

1. Die Analogie als Mittel zur Ausfüllung von Lücken im Gesetz.

a) Um die Frage zu erörtern, welche Bedeutung der Analogie im Strafrecht zukommt, muß zunächst klargestellt werden, was unter Analogie zu verstehen ist.

Geht man dabei, unter Außerachtlassung der juristischen Bedeutung von „Analogie", davon aus, was ganz allgemein unter Analogie verstanden wird, so wird man zu folgendem Ergebnis kommen: „Analogie bedeutet die vollkommene Ähnlichkeit zweier Verhältnisse in einem oder mehreren wesentlichen Merkmalen, aus welcher dann — mit einer nach Zahl und Erheblichkeit der Übereinstimmungen steigenden Wahrscheinlichkeit — auf Gleichartigkeit in weiteren auf der einen Seite unbekannten Merkmalen geschlossen wird"[38]. Dabei darf es sich jedoch nicht um lediglich zufällige Ähnlichkeiten handeln, vielmehr müssen sich diese beobachteten Ähnlichkeiten als Konsequenz eines gemeinsamen Prinzips oder Obersatzes herausstellen. Begriffliche Voraussetzung für die Möglichkeit einer Analogietätigkeit ist also das Vorhandensein von etwas Unbekanntem.

Auf dem Gebiet der Rechtsprechung ist diese Voraussetzung gegeben, wenn eine Lücke im Gesetz vorliegt.

Dies ist einmal dann der Fall, wenn das Gesetz innerhalb einer positiven Regelung auf eine Frage, die zur Anwendung des Gesetzes unbedingt beantwortet werden muß, keine Antwort gibt[39]. Es handelt sich dabei um „Lücken in formal-logischem Sinne", weil sie notwendigerweise ausgefüllt werden müssen, wenn das Gesetz angewandt werden soll[40]. Solche Lücken liegen beispielsweise vor, wenn in speziellen Strafgesetzen die sich notwendig aufdrängenden Fragen über Zurechnungsfähigkeit, Notwehr usw. sich nicht entschieden finden; oder wenn die Gesetze einen Strafrahmen aufstellen, innerhalb dessen der Richter die dem einzelnen Delikt entsprechende Strafe finden soll, ohne daß die Umstände, welche bei der Abschätzung des Delikts maßgebend sein sollen (Schulderhöhungs- und Schuldminderungsgründe), vollständig bestimmt sind[41].

---

38) Krengel: S. 12.
39) Ebenso unterscheiden Zitelmann: S. 27 und Merkel in Holzendorff: S. 77.
40) Burckhardt: S. 260.
41) Merkel: a. a. O.
42) a. a. O. S. 27.

Zitelmann[42]) nennt diese Art von Lücken „echte Lücken" im Gegensatz zu den Fällen, in denen das Gesetz eine Bestimmung nicht enthält, die es richtiger = gerechterweise enthalten sollte; wo es sich also um Mängel ethischer oder sachlicher Art[43]) handelt, deren Feststellung mithin eine wertende Beurteilung des betreffenden Sachverhaltes durch den Richter — sei es von ethischem oder sachlichem Standpunkt aus — zur Voraussetzung hat. Hierher gehören die Fälle, in denen der dem Gesetzgeber vorschwebende Grundsatz nur ganz spezialisiert zum Ausdruck gekommen ist; wo der Gesetzgeber vielleicht aus dem ihm maßgebenden Prinzip die Konsequenz lediglich für einen ganz fest umrissenen Tatbestand gezogen hat, während gleich oder ähnlich gelagerte Fälle, die jedoch nicht unter den beschreibenden Tatbestand gebracht werden können, scheinbar von dem betreffenden Gesetz nicht erfaßt werden.

Eine solche Regelung wird deshalb als lückenhaft empfunden, weil das Gesetz nicht ein prinziploses Ganzes, sondern einen zusammenhängenden Rechtsorganismus bilden soll[44]), in welchem der gleiche Grund die gleichen Folgen nach sich ziehen muß. Es ist deshalb die Ansicht Zitelmanns[45]), daß es sich bei diesen Fällen gar nicht um Lücken handele, abzulehnen[46]). Es handelt sich also bei beiden Arten um „echte" Lücken[47]), die sich lediglich dadurch voneinander unterscheiden, daß die ersteren aus logischen Gründen notwendigerweise ausgefüllt werden müssen, wenn das Gesetz angewandt werden soll, während die letzteren aus ethischen oder sachlichen Erwägungen heraus eine Ergänzung des lückenhaften Gesetzes verlangen.

Immer aber unterliegt die Entscheidung in letzteren Fällen darüber, ob eine solche Lücke vorliegt oder nicht, und damit, ob die Analogie erforderlich ist oder nicht, der wertenden Beurteilung durch den Richter; denn ohne diese vorhergehende Wertung des Falles, durch welche der Richter den betreffenden Fall als dem im Gesetz geregelten ähnlich betrachtet, taucht ja die Lücke überhaupt nicht auf[48]).

b) Bei der Frage, in welcher Weise die Lückenausfüllung mittels Analogie vor sich geht, dürfte es wohl unbestritten sein, daß mittels Analogie ein auf dem Wege über das Gesetz gefundenes Prinzip auf einen vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelten Rechtsfall angewandt wird[49]). Mit anderen Worten ausgedrückt: „Analogie ist die Konsequenz aus dem Prinzip des Gesetzes für lediglich ähnliche Fälle"[50]). Es

43) Burckhardt: S. 260.
44) Kohler: in Zeitschr. für priv. u. öffentl. Recht der Gegenwart, Nr. 13 S. 56.
45) a. a. O. S. 18 ff.
46) ebenso Dieterich: S. 3.
47) a. A. Dietrich S. 4, die nur die hier ethisch-sachlich genannten Lücken als „echte Lücken" gelten lassen will.
48) nach Schaffstein: Problematik S. 5, der zustimmend, ebenso Binder: Philosophie des Rechts, S. 914 ff.
49) So z. B. Wachenfeld: S. 44; Merkel: a. a. O. S. 76; Finger: S. 182; Krengel: S. 13.
50) Eick: S. 34; Dieterich: S. 4.
51) a. a. O. S. 23.

ist dies die von dem vernunftmäßigen Wesen des Rechts geforderte Anwendung des Grundsatzes von der Gleichheit des Grundes: Wo gleicher Grund da gleiche Folgen.

Umstritten ist jedoch, wie das Prinzip, der Obersatz gefunden wird. Nach Eick[51]) wird „mittels Analogie auf induktivem Wege aus dem Gesetz ein Prinzip erschlossen, das aber nicht im Gesetz ausgesprochen und zwar auch dann nicht im Gesetz ausgesprochen ist, wenn wir durch ausdehnende Auslegung die Bedeutung der Worte des Gesetzes über ihre eigentliche Bedeutung hinaus erweitern". Dem ist aus folgenden Gründen zuzustimmen[52]).

Wäre nämlich das Prinzip in dem Gesetze selbst enthalten, — und es gibt Rechtssätze, die ein solches Prinzip direkt aussprechen, wie wir gleich sehen werden — so hätten wir die Analogie nicht nötig, sondern kämen mit der ausdehnenden Auslegung allein aus. Denn dieses Gesetz wäre dann nicht lückenhaft in unserem Sinne. Wir brauchten in diesem Falle lediglich den wahren Inhalt eines mit Worten ausgedrückten Rechtssatzes gegenüber seinem Wortlaut festzustellen, also das betreffende Gesetz lediglich auf diejenigen Fälle auszudehnen, welche an sich schon in ihm, wenn auch nicht mit direkten Worten, so doch wegen der Gleichheit des in dem Gesetz ausdrücklich genannten Prinzips oder Grundes einbegriffen sind.

Es sind dies die Fälle, in denen einige Schriftsteller von „Analogie im Dienste der Gesetzesauslegung"[53]) oder von „Analogie intra legem"[54]) sprechen. Als Beispiele werden etwa die Paragraphen 48, 142, 144, StGB angeführt. Auch wird § 266 a. F. StGB hier zu nennen sein, wenn man die Aufzählung dort nicht als vollständig betrachten will. Es handelt sich also dabei um Gesetzesstellen, bei denen ein die Strafbarkeit voraussetzender Oberbegriff durch Beispiele erläutert wird.

Hierher gehören weiter die Gesetzesbestimmungen, welche die Feststellung sogenannter normativer, wertausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale erfordern. In diesen Fällen glauben einige[55]) die Bedeutung „Vorsatz", „Fahrlässigkeit", „grober Unfug", „Urkunde" „unzüchtige Handlung", „fremde Sache", „berechtigte Interessen" usw. nur im Wege der Analogie in herrschenden Anschauungen darüber entnehmen zu können[56]).

In all diesen Fällen handelt es sich jedoch schließlich nur um Auslegung des Gesetzes. Denn es wird einfach das im Gesetz selbst ausgesprochene Prinzip angewandt, indem die Konsequenzen aus diesem Prinzip gezogen werden für Fälle, bei denen das Gesetz dem Richter selbst die Entscheidung

52) Ebenso: Krengel: S. 14; a. A. Heinze: S. 21 f.; Dieterich S. 5.
53) M. E. Meyer: Lehrb. S. 27.
54) Merkel: in Holzendorff, S. 76.
55) Z. B. Eick: S. 62; ebenso Zitelmann: Anm. 18 und Glandorff: S. 22.
56) Ein ebensolches „normatives Element" sind, wie wir sehen werden, die Worte „gesetzlich bestimmt" in § 2 I a.F. StGB., vgl. unten S. 21.
57) Dieterich: S. 8.

darüber überlassen hat, ob sie unter das im Gesetz ausgesprochene Prinzip fallen, ohne dabei einen genau beschreibenden Tatbestand zu geben. Die Entscheidung stützt sich daher in diesen Fällen nicht auf ein durch Analogieschluß gefundenes Prinzip, sondern gerade auf die so erklärte gesetzliche Vorschrift[57]). Die Konsequenzen, die sich aus einem solchen in dem Gesetz ausgesprochenen Prinzip ergeben, sind somit selbst unmittelbar in dem Gesetz enthalten. Die Konsequenzen, die wir aber aus dem im Wege der Analogie gefundenen Prinzip ableiten, sind, da dieses nicht direkt im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, auch nicht ohne weiteres im Gesetze enthalten, sondern sie sind erst mittelbar auf dem Wege über das so erschlossene Prinzip aus diesem zu folgern.

Die Analogie führt also — wie auch die herrschende Meinung annimmt[58]) — über das Gesetz hinaus; und zwar insofern sie zur Auffindung des dem betreffenden Rechtssatz zugrunde liegenden Prinzips führt, dessen Konsequenzen dann auf Fälle angewandt werden, die vom Tatbestand nicht erfaßt werden.

Die ausdehnende Auslegung dagegen hält sich innerhalb des Wortlauts der Gesetze und „holt nur aus dem Tatbestand der Gesetze das heraus, was nach ihrem Wortlaut möglicherweise in ihnen enthalten ist"[59]).

c) Je nachdem nun das Prinzip aus einem einzelnen Rechtssatz oder aus einer mehr oder weniger größeren Gruppe von Rechtssätzen erschlossen wird, spricht man von Gesetzes- oder von Rechtsanalogie.

Nach Ackermann[60]) stammt diese Teilung von Grolmann und ist von den Strafrechtlern der nachfolgenden Zeit, von einigen Ausnahmen abgesehen[61]), übernommen worden. In der Literatur des ausgehenden 19. Jahrhunderts und der letzten Jahrzehnte findet sich eine Trennung von Gesetzes- und Rechtsanalogie nur selten für das Strafrecht[62]). Neuerdings wurde aus der Möglichkeit heraus, daß die Ablehnung der Rechtsanalogie nicht notwendig zu einem Verbot der Analogie schlechthin führen müsse, wieder die Trennung beider Arten gefordert oder befürwortet[63]). Andererseits ist Luetgebrune[64]) zuzustimmen, der diese Unterscheidung als äußerlich und unangebracht ablehnt, zumal da die Unterscheidung heute, nachdem der § 2 a.F. StGB beseitigt bzw. ersetzt worden ist, bedeutungslos ist.

Trotzdem sei aber hier, da wir gesehen haben, daß die Ausgangspunkte verschieden sind, für beide Arten folgende Definition gegeben:

---

58) Vgl. z. B. Leipz. Komm. § 2 Nr. 7; Finger: § 33 II; Meyer-Allfeld: § 14 IX; Kohler: Leitf. § 15; Binding: Handb. I § 46 S. 214: Analogie decke einen „latenten Rechtssatz" auf, zeige was ungesetztes Recht sei. Wachenfeld: S. 44 ähnlich wie Binding.

59) Ackermann: S. 3.

60) Ackermann: S. 3.

61) So z. B. Binding; der allerdings diese Unterscheidung „für praktische Zwecke nicht unbrauchbar hält", Handbuch: S. 215.

62) So bei Eicke, Krengel, Wachenfeld a. a. O.

63) So u. a. von Krengel: S. 14, Ackermann: S. 5.

64) in Denkschrift des Zentral-Ausschusses S. 42 ff.

Gesetzesanalogie ist die Folgerung aus einem, einem bestimmten Gesetz zugrunde liegenden Prinzip für einen ähnlichen, gesetzlich nicht geregelten Fall, wegen Gleichheit des Grundes.

Rechtsanalogie ist die Folgerung aus einem, einer Mehrzahl von Gesetzen zugrunde liegenden Prinzip für einen gesetzlich nicht geregelten Fall, der diesem Grundprinzip entspricht.

Immer aber wird dabei vom positiven Recht ausgegangen[65]), denn nur, wenn der Gesetzgeber überhaupt einmal das ihm vorschwebende Prinzip einer Regelung zugrunde gelegt hat, kann man es auf dem Wege der Analogie auf einen Fall, den er nicht ausdrücklich im Gesetz beschrieben hat, anwenden, d. h. den Fall als auf demselben Prinzip beruhend behandeln, also analog entscheiden.

Da die Analogie, wie wir gesehen haben, über das Gesetz hinausgeht, bildet die Analogietätigkeit eine Fortentwicklung des Gesetzes über seine formale Wirksamkeit hinaus, indem sie uns hilft, zu erkennen, was trotz lückenhafter gesetzlicher Formulierung Bestandteil des Rechts sein muß, wenn überhaupt von einer innerlichen, ethischen sowohl als auch logischen Geschlossenheit des Rechtes die Rede sein soll. Insoweit ist Binding[66]) also zuzustimmen, wenn er behauptet, die Analogie decke „latente Rechtssätze" auf. Hier jedoch erscheint ein Eingehen auf Bindings Normentheorie nicht erforderlich, denn es kann dahingestellt bleiben, ob, wie Binding annimmt diese Rechtssätze dem Gesetz vorausgehen, weil Analogie ja nur dann denkbar ist, wenn von Bestimmungen ausgegangen wird, die im Gesetz verankert sind.

Die Analogietätigkeit ist daher nicht Rechtsfindung aus einer besonderen Rechtsquelle; *Rechtsquelle ist und bleibt auch bei der Analogie das Gesetz*, von dem diese ihren Ausgang nimmt[67]).

Dadurch unterscheidet sich die Analogietätigkeit einmal von der Tätigkeit des „Schöffen" in dem Sinne, wie es oben erörtert wurde[68]), andererseits, wie unten noch dargelegt wird, von der rechtsschöpfenden Tätigkeit des Richters gemäß § 2 neuer Fassung StGB. In beiden Fällen bildet nämlich nicht das Gesetz den Ausgangspunkt für die Rechtsfindung.

II. Analogie und Auslegung vom Standpunkt der Richtertätigkeit aus betrachtet.

Trotz des oben dargelegten Unterschieds zwischen der Analogie und der ausdehnenden Auslegung, führt die praktische Anwendung der Abgrenzungsregel zur größten Uneinigkeit darüber, wo die Grenze zu ziehen ist.

65) Insofern ist die Ansicht von Ackermann S. 4, Rechtsanalogie ginge vom Geist der Gesetzgebung aus, als unzutreffend abzulehnen.

66) Handbuch I § 46 S. 214.

67) Zustimmend Wachenfeld: S. 44; Krengel: S. 24; Dieterich: S. 5; neuestens Frank's Nachtrag S. 186.

68) Vgl. I. Teil.

Dabei ist eine absolut scharfe Grenze zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung in der Praxis[69]) oft nicht bestimmbar und — wie wir sehen werden — nur bei einer ganz bestimmten Auffassung vom Strafrecht erforderlich. Gehen wir nämlich von der Tätigkeit des Richters aus, so sehen wir, daß es sich bei der Auslegung praktisch um dieselbe Tätigkeit handelt, wie der Richter sie bei der Ausfüllung einer Lücke mit Hilfe der Analogie ausübt. Denn solange der Sinn einer Gesetzesbestimmung nicht eindeutig festliegt, besteht praktisch eine „Lücke": „Der Wortlaut gestattet verschiedene Deutungen und der Richter hat zwischen diesen zu wählen: welche soll er wählen? Das Gesetz gibt ihm in seiner unklaren Fassung die Entscheidung dieser Frage nicht, es ist somit lückenhaft[70]). Von der Ausfüllung einer Lücke im technischen Sinne, wie es oben beschrieben wurde, wird man jedoch nur sprechen, wenn das Gesetze nach seinem klaren Wortlaut eine Frage nicht beantwortet, von Auslegung, wenn es sie beantworten wollte, aber nicht klar beantwortet hat[71]).

Allein die Auslegung ist ebenso wie die Analogietätigkeit eine Art Ergänzung des unvollständig gebliebenen Gesetzes; unvollständig ist es geblieben, insofern es mehrere Deutungen zuläßt, die nicht alle richtig sein können. Die Auslegung besteht daher wie die Analogie in einem wertenden Urteil nicht bloß in einer logischen Folgerung. Vom Standpunkt des objektiven Historikers aus ist die Auslegung der Gesetze „tendenziös", indem sie aus dem Gesetz wo es unklar ist, das Beste, Richtigste zu machen sucht; „denn man legt dem Gesetzgeber immer den Willen unter, das Richtige gewollt zu haben"[72]).

Ein Wertmaßstab für seine Entscheidung ist dem Richter aber hier ebensowenig vom Gesetz gegeben, wie bei der Entscheidung über die Frage, ob er Analogie heranziehen soll oder nicht, d. h. ob ein ähnlicher dem Prinzip entsprechender Fall vorliegt oder nicht. Das „Richtige" findet der Richter entweder aus „freier" Wertung, indem er von seiner ethischen oder weltanschaulichen Einstellung heraus die Entscheidung trifft, oder er argumentiert zu diesem Zweck scheinbar logisch: a contrario oder umgekehrt per analogiam oder a fortiori. Aber die Entscheidung darüber, welche Argumentation die richtige ist, ist immer eine wertende nicht eine formal-logische. „Insofern Auslegung und Analogie beide das Gesetz in dieser Weise ergänzen und auf wertenden Erwägungen beruhen sind sie nicht zu unterscheiden"[73]). Es besteht zwischen ihnen nur ein graduel-ler Unterschied. Beides sind nur verschiedene Stufen und Modalitäten einer und derselben Tätigkeit des Richters: Findung des richtigen Rechtes[74]).

69) Vgl. unten III. Teil IV.
70) Burckhardt: S. 270; Zitelmann: Anm. 18.
71) Burckhardt: S. 279/280.
72) Ihering: II S. 447 ff. zit. bei Burckhardt: S. 280.
73) So Burckhardt: S. 285; ähnlich schon Rumpf: in Goltd. Arch. 60 S. 180 ff., zustimmend Kohler: ebendort S. 185, 186; neuestens Schaffstein: Problematik S. 5.

Deshalb ist es zwecklos über die Grenzziehung zwischen Analogie und Auslegung zu entscheiden, wenn nicht ein besonderer Grund sie erfordert. Ein solcher aber wurde in der Bestimmung des § 2 Abs. 1 a.F. StGB gesehen.

III. Der § 2 alter Fassung des Reichsstrafgesetzbuchs.

Bezüglich der Frage, welche Bedeutung der Bestimmung des § 2 Abs. 1 a.F. StGB für die Zulässigkeit der Analogie im Strafrecht zukam, war man in der Wissenschaft und in der Praxis vor Erlaß des Gesetzes vom 28. Juni 1935 sehr geteilter Meinung.

Die einzelnen Ansichten darüber sind häufig eingehender kritischer Würdigung unterzogen worden[75]), und stellen einen treffenden praktischen Beweis dar, für die vorstehend entwickelte Ansicht von dem in der Praxis mangelnden Unterschied zwischen Auslegung und Analogie.

Da wir von der Lückenhaftigkeit eines jeden Gesetzes ausgehen, ist bei der Frage nach der Bedeutung des § 2 a.F. zunächst festzustellen, daß die Grundsätze über die Analogie und die Auslegung für jedes Rechtsgebiet dieselben sind. Anderer Ansicht müssen jedoch ganz unabhängig von der Bedeutung des § 2 a.F. diejenigen sein[76]), die von der Annahme der Geschlossenheit des Strafgesetzbuchs ausgehen. Denn für sie sind ja keine Lücken, welche die Voraussetzung für Analogietätigkeit sind, im Gesetz gegeben, und somit ist für die Vertreter dieser Ansicht ein Analogieverbot überhaupt überflüssig.

Für uns aber gelten auch im Strafrecht die allgemeinen Regeln über Auslegung und Analogie[77]), d. h. wir müssen mit Wachenfeld davon ausgehen, daß die Analogie im Strafrecht erlaubt ist, soweit sie nicht ausdrücklich verboten ist.

Eine solche Ausnahmebestimmung im Sinne eines Analogieverbotes enthielt nach herrschender Meinung § 2 I a.F. StGB[78]).

Es wird jedoch zugegeben werden müssen, daß aus dem Wortlaut dieser Bestimmung schlechthin ein Analogieverbot nicht zu entnehmen ist[79]). Der Gehalt des Paragraphen mußte also im Wege der Auslegung gefunden werden.

---

74) Staudinger: S. 30 ff., im Ergebn. auch Finger: Gerichtssaal 106 S. 230.

75) So in den angeführten Arbeiten v. Eick, Krengel und Dieterich, auf welche in dieser Arbeit, da der Meinungsstreit nicht mehr akut ist, verwiesen werden kann.

76) So z. B. Schwarze: Kom. S. 28/29, der zwar Gesetzesanalogie zulassen will; Schütze: Lehrb. § 17; im Ergebnis auch Zitelmann: S. 18, der von der Hypothese ausgeht, alle Strafgesetze seien Ausnahmen von dem der Rechtsordnung immanenten Grundsatz unbeschränkter Freiheit.

77) So v. Bar: Gesetz und Schuld I S. 14; Merkel: in Holzendorf S. 67; Meyer-Allfeld; Wachenfeld: S. 44; ähnlich Binding: Handb. 214.

78) Vgl. die in Anm. 85 angegebene Literatur.

79) So vor allem Exner: S. 45 ff. und Rumpf: a. a. O.

Tritt man als unbefangener Ausleger an die Gesetzesstelle heran, so wird man Rumpf[80]) recht geben müssen, daß die Auslegung im Sinne eines Analogieverbotes scheinbar nicht der Schwerpunkt der Bestimmung des Beginnes der Geltungskraft eines Gesetzes zu liegen scheint. Darüber hinaus enthalten die Worte „wenn die Strafe gesetzlich bestimmt war" die Vorschrift, daß die Strafe gesetzlich bestimmt sein muß, wenn eine Tat bestraft werden soll, d. h. also, daß eine Bestrafung nach Gewohnheitsrecht ausgeschlossen ist. Will man außerdem die Stelle im Sinne eines Analogieverbotes auslegen, so bedarf es schon einer näheren Untersuchung, und es ist zuzugeben, daß man aus den Worten „wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war" ein Analogieverbot herauslesen *kann* aber nicht eindeutig muß[81]). Es taucht weiterhin noch die Frage auf, ob ausnahmslos jede Analogie verboten sein soll[82]), oder ob dies nur von der Rechtsanalogie gelten soll[83]). Vielleicht soll auch nur die Analogie zu Ungunsten des Täters verboten sein, während sie zugunsten des Täters erlaubt bleiben soll. Kurzum, der Wortlaut des § 2 Abs. 1 a.F. StGB ist äußerst mehrdeutig.

Gleichgültig welche der angeführten Deutungen man wählt, den Boden des Gesetzes verläßt man nicht, sie stellen alle formell zulässige „Spezifikationen" des allgemeinen Gesetzes dar[84]), die von ihren Vertretern eifrig und mit den verschiedensten Begründungen verfochten wurden. Die damals im In- und Ausland herrschende Meinung[85]) entschied sich für die dem Täter günstigste Auslegung, indem sie die Auffassung vertrat, § 2 I a.F. StGB enthalte ein Analogieverbot nur bezüglich der Vermehrung von Straftatbeständen und der Festsetzung von Straffolgen, während im übrigen die Analogie erlaubt sei.

---

80) a. a. O. S. 181 ff.; daß es die positivistische Auslegung war, wie Rumpf meint, die das Analogieverbot erst in § 2 „hineingeheimnist" habe, ist jedoch unzutreffend. Die Auslegung, die § 2 erfahren hat, ist vielmehr rein teleologisch (vgl. folg. Teil.

81) Rumpf: a. a. O. S. 170; Exner: S. 45 ff.

82) So im Ergebnis m. E. Mayer: da er nur die Analogie „intra legem" gelten lassen will, die aber, wie wir oben sahen (S. 25 ff.), in Wirklichkeit zur Auslegung zu zählen ist.

83) U. A. Ackermann: S. 24 und 43.

84) Rumpf: a. a. O.

85) Vgl. beispielsweise: In Feuerbach S. 144 Anm. von Mittermeier; Finger: S. 441; Hafter: S. 10 ff.; v. Hippel: 2 S. 36 ff.; Liszt-Schmitt: § 18 II; Lpz.-Kom. § 2 Nr. 7; Meyer-Allfeld: S. 74/75; Mezger: S. 83; Thyrén: Prinzipien; auch das Gutachten der «Cour Perm. de Justice International» XXXV Session in Avis consultative vom 4. Dezember 1935 betr. der Änderung des auch in Danzig geltenden deutschen Strafgesetzbuchs im Sinne des heutigen § 2 Reichsstrafgesetzbuch, mitgeteilt von Graf Gleispach in „Deutsches Recht" 1936, Heft 1/2.

Dritter Teil.

Das Analogieverbot als Folge einer politischen Begründung der formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung.

1. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des Analogieverbotes.

Die Auslegung, die § 2 Abs. 1 a.F. StGB durch die herrschende Meinung erfahren hat, ist — wie aus den zahlreichen Begründungen immer wieder ersichtlich ist — der Ausdruck einer ganz bestimmten politischen Einstellung des Einzelnen zur Allgemeinheit und zum Staat. Politisch, weil „aus der im innersten Kern der Persönlichkeit ruhenden Werthaltung heraus“[86]) eine Begründung für die formale Rechtsauffassung im Sinne einer besonderen Zweckbestimmung des Rechts im Dienste des Individuums gegeben wird[87]), als deren Konsequenz dann die Forderung entsteht:

„Nulla poena sine lege.“

Der Anstoß für die politische Haltung, die wir die liberalistische nennen, war die Reaktion des Individuums gegen den absolutistischen Staat,

86) Thierfelder: S. 92.

87) Daß diese politische Haltung *nicht* der *Ausgangspunkt* der „formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung“ ist, geht bereits aus den Ausführungen im Ersten Teil hervor. Da jedoch diese Tatsache sowohl als auch jene, daß es sich hier lediglich um eine politische Begründung der formalen Rechtsauffassung handelt, bisher stets übersehen wurde, so soll hier noch auf einen besonderen Beweis für vorstehend entwickelte Ansicht aufmerksam gemacht werden: Es wird jeder zugeben und es wird immer wieder betont (z. B. Bortolotto: S. 40 ff., 87; ebenso Hilder: S. 38 ff.), daß der Faschismus in Italien den Liberalismus und damit seine politisch individualistischen Forderungen entschieden überwunden hat und ablehnt. Der Artikel 1 des geltenden italienischen Strafgesetzbuchs vom 19. Oktober 1930 (vgl. die Übersetzung von Bunge) enthält aber heute ebenso wie früher das italienische Strafgesetzbuch vom 30. 6. 1889 (abgedruckt in Beilage zu Zeitschr. 10) die Forderung „nulla poena sine lege“ ausdrücklich. Das italienische Strafrecht mit seinen rund 500 Verbrechenstatbeständen ist also wie früher so auch heute ein rein formales. Aber die Begründung für diese formale Rechtsauffassung, und die Forderung des Analogieverbotes sowie des Ausschlusses von Gewohnheitsrecht ist in Italien nicht mehr die Konsequenz des überwundenen Liberalismus. Sie findet heute vielmehr ihren Ursprung in der dem Faschismus eigenen Staatsauffassung, wodurch diese sich grundlegend — einerseits von der im folgenden behandelten liberalistischen Auffassung, andererseits von der nationalsozialistischen Auffassung vom Staat unterscheidet: Für den Faschismus ist weder die Summe der Individuen wie im Liberalismus, noch das Volk im nationalsozialistischen Sinne, sondern der Staat das Primäre, er geht nicht vom Volk aus, sondern vom Staat. (Bortolotto: S. 38) Recht schafft daher *nicht* das italienische Volk aus seiner Überzeugung, *sondern der Staat durch das Gesetz*. (Ebenso Nicolai: in Reichsverwaltungsbl. 1934 S. 982. Die Ausführungen von Ackermann S. 20 treffen also keineswegs den Kern der Sache.)

der mit Hilfe derselben formalen Rechtsauffassung, welche das Individuum nunmehr für sich in Anspruch zu nehmen gedachte, alles in seinen Machtbereich zog und seinen Zwecken unterwarf, was unter anderem insbesondere zu einer schrankenlosen Willkür der Strafgewalt führte.

Während nämlich die partikuläre Gesetzgebung mit Hilfe der römisch-rechtlich orientierten Wissenschaft nach und nach die peinliche Gerichtsordnung Karls V.[88]) und damit die darin zum Ausdruck kommende formale Rechtsauffassung überall in Deutschland zur gesetzlichen Anerkennung brachte, herrschte für die Dauer von etwa zweieinhalb Jahrhunderten „die Praxis" auf der Grundlage der von der PGO insbesondere durch Bestimmung des Artikels 105 angeregten Rechtswissenschaft.

Wie wir im vorigen Teil der Arbeit entwickelten, setzt die Analogie stets ein wertendes Urteil des Richters voraus, insoweit ihm die Entscheidung darüber obliegt, ob gegebenenfalls eine Lücke in der gesetzlichen Regelung vorhanden ist, deren Ausfüllung im Wege der Analogie geboten erscheint. Da ein einheitliches Rechtsempfinden in jener Zeit als Maßstab für diese Beurteilung der Lebensvorgänge nicht vorhanden war, die Entscheidung über Recht und Unrecht vielmehr lediglich an Hand des geschriebenen Rechtes getroffen wurde[89]), so bestand die Gefahr, daß das Bedürfnis für die Anwendung der Analogie aus anderen als rechtlichen Gesichtspunkten heraus, etwa aus politischen, religiösen oder sonstigen Gründen bejaht bzw. verneint wurde. Diese Möglichkeit wurde dann auch von den zahlreichen Machthabern, denen die Richter als Beamte unterstellt waren, weidlich ausgenutzt. Hinzu kam, daß, nachdem Carpzow jede Strafe als „poena extraordinaria" erklärt hatte, jede Bindung des Richters abgestreift wurde, und jede Bestrafung eine willkürliche war[90]).

Ähnliche, zum Teil weit schlimmere Verhältnisse herrschten in anderen Ländern des europäischen Kontinents.

Als Reaktion gegen die so von den Machthabern mißbrauchte Strafgewalt forschte man in der Aufklärungszeit nach dem Rechtsgrund, demzufolge die Strafgewalt im Staate ausgeübt wurde. Da aber das Strafrecht nicht selbständig gedacht wurde, sondern begrifflich nur als willkürliche Betätigung des Strafherrn erschien und aufgefaßt wurde, so ergab sich die Beantwortung dieser Frage und die Forderung nach Beseitigung dieser Mißstände von selbst aus der dieser Zeit eigentümlichen Auffassung vom Staat und seinen Aufgaben. Aus dieser Auffassung entsprang dann die Forderung nach dem Ausschluß des Gewohnheitsrechtes und der Analogie auf dem Gebiete des Strafrechts.

Der Gang dieser Entwicklung ist wiederholt und eingehend untersucht worden, u. a. von Henkel und von Hennings, auf welche hier im Einzelnen verwiesen wird[91]).

88) Vgl. Geib: S. 276 ff.; 294 ff.; v. Bar: I S. 128.
89) Vgl. oben Erster Teil Abschnitt V und VI.
90) Vgl. z. B. die Darstellung bei Hennings S. 8 ff. und v. Hippel I, S. 238.
91) Vgl. außerdem die Schriften von: Elvers, Ackermann, Glandorff; Henkel und Hennings a. a. O.

Der Ausgangspunkt für diese Entwicklung war die Naturrechtslehre. Nach dieser wird der Staat aus dem Individuum erklärt, indem man fingiert, der Staat sei auf Grund eines Vertrages entstanden. Dies brachte es mit sich, daß man den Rechtsgrund jeder staatlichen Tätigkeit, und damit auch des Strafrechts von dem freien Willen der Individuen abhängig machte. Wenn es also mit der Staatsgründung nötig wird, daß die für den Naturzustand angenommene Freiheit beschränkt wird, so ist diese Beschränkung doch nur dann rechtmäßig, wenn sie dem Willen des Individuums entspringt. Dieses gibt von seiner vorstaatlichen Freiheit nur so viel auf, wie zur Erreichung der Staatszwecke nötig erscheint. Es behält als Residuum für sich: Persönliche Freiheit und Genuß des Privateigentums. Hieraus erwachsen dem Individuum Rechtsansprüche gegen den Staat auf Schutz dieser Freiheitsrechte.

Der Freiheitsbegriff ist der Ausgangspunkt für die weitere liberalistische Konstruktion. Montesquieu definiert ihn in der Weise daß er sagt: «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent»[92]). „Frei sein heißt, von nichts anderem als von dem Gesetz abhängig", wie Voltaire es ausdrückt. Bevor ein Gesetz besteht, kann jeder tun was er will. Um aber dem mit der Staatenbildung aufkommenden Machtbewußtsein des Einzelnen entgegenzutreten und den Krieg aller gegen alle zu verhindern, hält man Gesetze für notwendig, durch die die Wirkungskreise und Interessensphären der Individuen untereinander und gegen den Staat abgegrenzt werden.

Das Verhältnis, in dem nach dieser Ansicht die Einzelnen untereinander und zu der Allgemeinheit stehen, kann von der Vertragslehre her nicht anders gesehen werden, als in Rechtsbeziehungen, die sich — nachdem der Landesherr durch die Vertragslehre zum Staatsorgan degradiert ist — zwischen den Individuen einerseits und dem Staat andererseits sowie zwischen den Individuen untereinander erstrecken[93]). Zu diesem Zweck muß der Staat als juristische Person fingiert werden, da sich „Rechtsbeziehungen" nur zwischen Einzelpersonen denken lassen. Hieraus folgt für das Strafrecht die Lehre vom Strafanspruch[94]), der dem Staat gegen denjenigen zusteht, der die Gesetze übertritt. Da die Gesetze aber vom Staat erlassen werden, besteht für Montesquieu die Gefahr, daß dieser seine Macht mißbraucht und willkürlich in die Freiheitssphäre des Individuums eingreift. Daher erhebt er die Forderung «le pouvoir arrête le pouvoir» indem er die Staatsgewalt in die gesetzgebende, ausführende und richterliche Gewalt trennt.

Die Gesetzgebung steht an sich dem «peuple en corps» zu, wird aber von einem repräsentierenden Organ ausgeübt. Daher ist maßgebend nur

92) Zit. nach Hennings, S. 36.
93) So auch u. a. Larenz: S. 238; diese Folgerung wird z. B. von Binding, Handb. I 2 S. 477 gezogen.
94) So auch u. a. Larenz: S. 238. Vgl. diese Folgerung etwa bei Finger, S. 442.
95) Adolf Wach, Legislative Technik in vergl. Darstellung usw. Bd. 6 S. 1 ff.

der Wille des Volkes, nicht die Überzeugung des Volkes an sich. Das Gesetz ist also ein einmaliger, ausdrücklicher individueller Willensakt, der für die Individuen Willensnormierungen schafft, indem er Befehle gibt und Verbote aufstellt. „Selbst wortgewordener Wille sagt es was sein soll"[95]).

Diese Vorstellung führt dann in der Konsequenz zum Verbot der Analogie, da der Verbotscharakter der Norm auch die Begrenzung auf das Ausdrücklichkeitserfordernis der gesetzgeberischen Willenserklärung erfordert. Deshalb die Forderung Montesquieu's: «Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles des lois, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»[96]).

II. Das Analogieverbot in der Gesetzgebung der europäischen Staaten.

a) Das erste Gesetz, welches dieser staatspolitischen Forderung, und zwar mit aller Bestimmtheit, Ausdruck verlieh, war der Codex Friedericianus von 1749/51, der in seiner Vorrede sogar jede Interpretation und Kommentierung verbot, letztere sogar unter Strafe stellte. Ebenfalls enthielt das „Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung" Josefs II. für Österreich aus dem Jahre 1787 ausdrücklich diese Forderung, indem es den Anspruch auf Vollständigkeit erhob und den Richter an die buchstäbliche Beachtung dieses Gesetzes band.

Am klarsten spricht dann der französische «Code des Délits et des peines» von 1810 (Code Pénal) in Artikel 4 diese Forderung aus, nachdem sie bereits in Jahre 1791 in der französischen Verfassung erschienen war. Artikel 4 des Code Pénal lautet: «Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis des peines, qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis»[97]).

Mit dem von Anselm von Feuerbach entworfenen „Allgemeinen Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern" aus dem Jahre 1813 beginnt dann die Reihe derjenigen Gesetze, in welchen die Forderung nach Ausschluß des Gewohnheitsrechtes und der Analogie nicht direkt zum Ausdruck kommt. Sie wird vielmehr erst durch die in Artikel 1[98]) enthaltene und von Feuerbach in seinem Lehrbuch[99]) entwickelte „Theorie des psychologischen Zwanges" getragen. Erst aus dieser Theorie heraus, als deren wesentlichsten Grundsatz Feuerbach in § 20 seines Lehrbuchs die Forderung nach Ausschluß des Gewohnheitsrechts in der Analogie in dem Satze „nulla poena sine lege" zum ersten Mal zusammenfaßt, wird ersichtlich, daß sie auch in Artikel 1 des von ihm entworfenen Gesetzes enthalten sein soll.

96) Zit. nach Hennings: S. 36 ff.

97) Zit. nach Glandorff: S. 18.

98) Artikel 1: Zit. nach Feuerbach: „Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung, für welche das Gesetz ein gewisses Übel angedroht hat, begeht, ist diesem Übel als seiner Strafe unterworfen." Man fragt unwillkürlich, was wohl mit denen wird, die eine Handlung oder Unterlassung begehen, für die das Gesetz kein Übel angedroht hat?

99) Lehrb. §§ 8 bis 20; vgl. unten S. 29.

Während das Strafgesetzbuch von Braunschweig vom 10. Juli 1840 glaubt, die Analogie nicht entbehren zu können[100]), schließt sich das StGB von Oldenburg von 1814 in Artikel 1 der Feuerbach'schen Ausdrucksweise an. Die Mehrzahl der deutschen Einzelstaaten bringen diese Forderung in der französischen Fassung zur Geltung. Auch in das StGB von Bayern von 1861 findet sie in dieser Weise Aufnahme, nachdem — offensichtlich unter dem Einfluß der Revolution von 1848 — das preuß. StGB von 1851 eine wortgetreue Übersetzung des Artikels 4 des Code Pénal gebracht hatte[101]). Das StGB für den Norddeutschen Bund, welches am 15. Mai 1871 zum Reichsstrafgesetzbuch erhoben wurde, enthielt dann die uns geläufige Ausdrucksweise des § 2 alter Fassung StGB.

Die im Verlauf der Reformbestrebungen des neuen deutschen Strafgesetzbuches ergangenen Entwürfe von 1913 und 1925 enthielten ähnliche Bestimmungen wie die im § 2 alter Fassung[102]). Im Entwurf von 1919 glaubte man von einer ausdrücklichen Aufnahme der Forderung absehen zu können, da diese inzwischen Aufnahme in Artikel 116 der Weimarer Verfassung gefunden hatte[103]).

b) Werfen wir einen Blick auf die strafrechtlichen Verhältnisse außerhalb Deutschlands und Frankreichs, so sehen wir, daß diese politische Forderung des Liberalismus keineswegs überall Eingang finden konnte.

Wenn vielfach z. B. von Schottländer die Ansicht vertreten wird[104]), daß Artikel 39 der Magna Charta, sowie die auf Grund der Magna Charta gebildeten Verfassungen in den nordamerikanischen Staaten[105]) den Grundsatz „nulla poena sine lege" bereits zum Ausdruck gebracht hätten, so ist dem nicht zuzustimmen.

Richtig ist allerdings, daß die Magna Charta aus einem Gegensatz zwischen Landesherr und Untertanen entstanden ist und letzteren gewisse Garantie ihrer Freiheit gab[106]). Da wir aber gesehen haben, daß das englische Strafrecht — (dasselbe wäre über das Strafrecht der Vereinigten Staaten von Amerika zu sagen, die ja auch das englische Strafrecht zunächst eingeführt hatten) — in seinen wesentlichen Bestandteilen Common Law, also Gewohnheitsrecht oder Case Law, das nach Analogie vom Richter gefunden wird, ist, so beweist dies, daß der Grundsatz „nulla

100) Vgl. § 4.

101) Vgl. für die einzelnen Gesetze Eick: S. 15; Schottländer: S. 61 ff.

102) Entwurf 1913 § 1: Niemand darf wegen einer Tat bestraft werden, für die nicht Strafe gesetzlich bestimmt ist. - - Entwurf 1925 § 1: Eine Tat kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

103) Vgl. Denkschr. z. Entw. v. 1919 vor § 1.

104) a. a. O. S. 26 ff. und 51 ff.; ebenso Liszt Schmitt: S. 108 Anm. 3; Mezger: S. 77; v. Hippel: II S. 34; Leipz. Kom. § 2 Anm. 1; Hafter: S. 10.

105) In einzelnen dieser Staaten ist allerdings später durch Einführung von Strafgesetzbüchern besondere Regelung erfolgt im Sinne n.p.s.l. so z. B. 1881 für den Staat New York (vgl. Zeitschr. Bd. 4.

106) So auch Hennings: S. 23. Vgl. oben S. 12 ff.

poena sine lege" wie er von der Aufklärung und dem Liberalismus entwickelt wurde, keine Geltung hat. „Wenn demgegenüber darauf hingewiesen wird, daß von der „lex" des englischen Rechts das Gewohnheitsrecht und die Analogie mitumfaßt werden, so kann das die These Schottländers nicht halten"[107]). Denn das Wesentliche unseres Grundsatzes „nulla poena sine lege" ist ja gerade — auch nach Auffassung der betreffenden Schriftsteller[108]) — daß das Gewohnheitsrecht und die Analogie ausgeschlossen sein sollen.

Gewiß, soweit im "Statute Book", etwa in den Consolidation Acts von 1861 für einzelne Delikte Strafen festgesetzt sind, müssen diese zur Anwendung kommen. Im übrigen aber ist für England bis zum heutigen Tage die Forderung des Liberalismus eben nur eine Forderung geblieben, da die Voraussetzung für sie, nämlich die formale Rechts- bzw. Unrechtsauffassung, in England nicht besteht[109]).

Ebenso hat sich der Grundsatz „nulla poena sine lege" aus dem gleichen Grunde in der Gesetzgebung der meisten übrigen europäischen Staaten nicht durchsetzen können. Vor allem kennen die nördlichen Staaten ein Analogieverbot in ihren Strafgesetzen nicht.

Während die Strafgesetzbücher von Schweden (1864), Norwegen (1902)[110]), Finnland (1889)[111]) in diesem Punkte schweigen, bestimmt das „Allgemeine Bürgerliche Strafgesetzbuch für das Königreich Dänemark" von 1866 in § 1 ausdrücklich, daß außer der in dem Gesetz bestimmten auch die Handlung zu bestrafen ist, „welche ganz einer im Gesetz als strafbar bezeichneten Handlung zur Seite gestellt werden muß." Und bezeichnend ist, daß diese Regelung auch in § 14 der Entwürfe von 1912 beibehalten wurde[112]). Im Gegensatz hierzu versuchen die Entwürfe für Schweden aus dem Jahre 1916 und 1923 den Grundsatz einzuführen[113]).

Auch das Strafrecht der Schweiz — bis zur peinlichen Gerichtsordnung Karls V. nur eine Teilerscheinung des deutschen Rechtes[114]) — bot in seiner Geschichte bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nicht die Voraussetzung für die liberalistische Forderung nach Ausschluß der Analogie und des Gewohnheitsrechtes. Selbst in der Zeit von 1799 bis 1803, als das „Helvetische Peinliche Gesetzbuch" galt, — mit welchem wie man sagen kann, der Versuch einer Reception des französischen Rechtes gemacht wurde —, hatte der Grundsatz „nulla poena sine lege" keine Geltung. Denn der französische Code des Délits et des peines von 1791, dessen fast wortgetreue Wiedergabe das Helvetische Peinliche Gesetzbuch darstellte,

---

107) Vgl. so Glandorff: S. 17.
108) Vgl. Fußnote 104.
109) Vgl. oben S. 10 ff.
110) In Mitteilungen der IKV Bd. 7 u. 12.
111) In Zeitschr. Bd. 11.
112) So, aber mißbilligend Thyrén in Deutsch. Strafrechtszeitung, VI. Jahrgang Heft 7/8.
113) Vgl. Thyrén, Prinzipien. v. Hippel: I S. 396.
114) Vgl. hierzu Hafter: S. 10 ff. und v. Hippel: I S. 385.

enthielt den Grundsatz nicht, weil er bereits in der französischen Verfassung aufgenommen war und deshalb für Frankreich selbstverständlich schien[115]).

Erst die etwa seit 1850 unter dem Einfluß der deutschen und französischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft einsetzende kantonale Gesetzgebung bringt den Grundsatz in verschiedenen Kantonen der Schweiz zur Geltung[116]). Auch heute wird er da, wo er in den kantonalen Gesetzen keinen Ausdruck gefunden hat, durch die schweizer Rechtsprechung in Anlehnung an fremde Strafgesetze und durch die Wissenschaft als geltend vorausgesetzt[117]), der Gesetzgeber wird also hier zugunsten des Grundsatzes „nulla poena sine lege" einfach übergangen.

Nur für die Kantone Uri und Nidwalden, die keine Strafgesetzbücher besitzen (es bestehen nur einige überkommene Strafbestimmungen), hat man aus der Not eine Tugend gemacht. Für diese beiden Kantone wird dem Grundsatz „nulla poena sine lege" auch von dem Schweizer Bundesgericht heute noch keine Geltung zugesprochen[118]). Denn, „wollte man auf ihm beharren, so müßten die beiden Kantone zu einem Dorado für das Verbrechertum werden"[119]). Hier gilt also noch heute die „gewohnheitsmäßige", besser unmittelbare Rechtsfindung[120]). Es ist bei der erwähnten Einstellung der schweizer Rechtsprechung und Wissenschaft im Sinne einer formalen Rechtsauffassung selbstverständlich, daß die eidgenössischen Strafgesetzentwürfe von 1893 bis 1918 den Grundsatz[121]) ebenfalls enthalten.

Wir sehen also, daß es n i c h t so ist, wie bisher überwiegend angenommen wurde, als ob der Grundsatz „nulla poena sine lege" für die Länder des europäischen Kulturkreises eine Selbstverständlichkeit bedeutet hätte. Es ist vielmehr so — und es wird gerade durch das Beispiel des schweizer Strafrechts offensichtlich —, daß die Forderung nach Ausschluß des Gewohnheitsrechts und der Analogie nur dort Geltung erlangen konnte, wo sich bereits oder gleichzeitig mit ihrer Einführung, — meistens infolge der Beeinflussung durch die Wissenschaft und Gesetzgebung Deutschlands und Frankreichs, — die formale Rechts- bzw. Unrechtsauffassung durchgesetzt hat.

---

115) Vgl. Schottländer: S. 59.

116) Beispiele nach Hafter a. a. O.: Gesetzbuch für Wallis Art. 3, Zürich StGB, Genf StPO Art. 1, Basel-Stadt, PolizeiStG § 1, Glarus: Verf. Art. 5.

117) Hafter: S. 10 ff.

118) Mitgeteilt von Schoetensack in Der Gerichtssaal 85 S. 96.

119) Hafter: S. 17.

120) Vgl. oben I. Teil V und VI.

121) Art. 1 Vorentw. z. einem schweizer StGB in Fassung der 2. Expertenkommission 1916; vgl. auch Delaquis in Zeitschr. 40 S. 518.

III. Die deutsche Strafrechtswissenschaft und das Analogieverbot.

Während so die politische Forderung „nulla poena sine lege" in allen Staaten Eingang zu finden suchte und, je nach dem ob die Voraussetzung für sie vorlag bzw. geschaffen wurde oder nicht, auch Aufnahme in die ausländischen Gesetzbücher fand[122]), versuchte die deutsche Strafrechtswissenschaft in verschiedener Weise diese liberalistisch politische Forderung nach Ausschluß des Gewohnheitsrechts und der Analogie strafrechtlich zu untermauern, indem sie auf ihre Weise die formale Rechts- bzw. Unrechtsauffassung auch strafrechtlich zu begründen versuchte.

a) Zuerst war es Anselm von Feuerbach der in §§ 8 bis 20 seines Lehrbuchs mittels seiner Lehre vom „psychologischen Zwang" die Gedanken der Aufklärung in das Strafrecht einbaute[123]).

Die Notwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit aller ist nach ihm der alleinige Grund der Notwendigkeit und des Daseins der Strafe[124]). Wie das Individuum sich in der Lehre vom Staatsvertrag freiwillig eines Teils seiner Rechte zugunsten der Allgemeinheit begeben hat, so unterwirft sich der Täter der vom Staat festgesetzten Strafe aus freiem Willen, indem er den Tatbestand erfüllt, an den der Staat die betreffende Straffolge geknüpft hat. Nach der Feuerbach'schen Lehre ist die Bestrafung eines Delikts dadurch gerechtfertigt, daß der Täter trotz Kenntnis der dafür festgesetzten Bestrafung nicht vom Verbrechen Abstand genommen hat. Feuerbach geht davon aus, daß, „wenn jeder weiß, auf seine Tat werde unausbleiblich ein Übel folgen, welches größer ist als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antrieb der Tat entspringt"[125]), der Täter von dieser Tat normalerweise abstehen werde. Da aber vorherige Kenntnis die Voraussetzung für die Bestrafung bildet, insofern Anlaß zu einer Bestrafung nur besteht, wenn die „psychologische Zwangswirkung" des Gesetzes versagt hat, so muß die Strafbarkeit einer Handlung vor deren Begehung gesetzlich eindeutig festgelegt sein. Infolgedessen führt diese Theorie zwangsmäßig zu dem Verbot der Analogie und des Gewohnheitsrechtes, was Feuerbach zum ersten Male in dem Grundsatz „nulla poena sine lege" zum Ausdruck brachte.

b) In diese Gedankengänge der damaligen Zeit brach die historische Rechtsschule ein.

Das Recht ist nach dieser Auffassung nicht das Produkt menschlicher Vernunft Willkür oder Weisheit, sondern auf der breiten Basis allgemein menschlicher Verhältnisse entwickelt es sich unmittelbar im Volksleben wie

---

122) So fand sie ihren Ausdruck im italienischen Strafgesetzbuch von 1889 (vgl. Beil. z. Zeitschrift 10); ebenfalls in die Strafgesetzbücher Belgiens und Hollands wurde sie in dieser Weise aufgenommen.

123) Vgl. Henkel: S. 15 ff.; Elvers: S. 24.

124) Lehrbuch § 15.

125) Feuerbach: S. 18.

die Sitte und die Sprache. „Es ist lebendig in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volkes, von dessen individueller Beschaffenheit es auch seinen besonderen Charakter enthält“[126]):

„Die Quelle des Rechts ist nicht das Gesetz sondern das Volksbewußtsein, aus dem dasselbe nicht durch Überlegung oder Wahl sondern kraft innerer Notwendigkeit hervorgeht“[127]).

Damit ist die Trennung von Recht, Sitte und Moral beseitigt, dem Rechtsbegriff des Aufklärungszeitalters und darüber hinaus auch der formalen Rechtsauffassung ist die Grundlage entzogen. An Stelle der formalen Rechtsauffassung erscheint jetzt das Recht als spontane Lebensäußerung des Volkslebens, als gemeinsame Überzeugung des Volkes, das dem „Volksgeist“ entsprungen und von ihm nicht zu lösen ist. Während die formale Rechtsauffassung das als Recht ansah bzw. für Unrecht hielt, was und weil es im Gesetz als solches bezeichnet bzw. als Unrecht unter Strafe gestellt war, wird nunmehr das Rechtsbewußtsein des Volkes als allein rechtsschöpfend angesehen.

Alle Tätigkeit, sei es des Gesetzgebers oder die des Richters ist lediglich Findung und Anwendung vorhandenen Rechts.

Daß dieser Lehre die Durchschlagskraft damals versagt blieb, lag, abgesehen von ihren eigenen Mängeln, auf die hier nicht näher einzugehen ist — in der Kraft der damals herrschenden geschilderten individualistischen Staatsauffassung.

Nach von Savigny[128]) war das Gesetz das Organ des Volksrechtes und der Gesetzgeber der Vertreter des „Volksgeistes“, der den Geist der Nation ihre Gesinnungen und ihre Bedürfnisse in sich konzentriert. Damit war für die damalige Zeit die Möglichkeit gegeben, die Lehre von der Gewaltenteilung und den Gegensatz von Staat und Einzelperson aufrecht zu erhalten. Der Liberalismus war dann auch in den eigenen Anhängern der historischen Lehre derart verwurzelt, daß diese den Grundsatz „nulla poena sine lege“, dessen rechtliche Grundlage sie selber beseitigt hatten, nach wie vor als geltenden politischen Bekenntnis- und Willenssatz für das Strafrecht gelten ließen[129]).

Als politisches Prinzip ist er dann auch später als selbstverständlich, wie die Entstehungsgeschichte des § 2 alter Fassung StGB bezeugt[130]), vom Gesetzgeber des Reichsstrafgesetzbuchs als in diesem enthalten, angesehen worden.

c) Erst der bald nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs einsetzende Positivismus brachte wieder eine strafrechtliche Begründung des Satzes. Jedoch bewegte sich auch diese in liberalistischen Gedankengängen, weil sie von dem Gesetz als Willensnorm ausging, und somit die Gegenüber-

126) Beseler: S. 59.
127) Geib: I S. 338.
128) System I S. 39. Zit. nach Beseler, a. a. O.
129) Henkel: S. 21.
130) Vgl. hierzu Goltd. Materialien zum StGB S. 53 ff.

stellung des Individuums und des Staates vom Liberalismus übernahm[131]). „Das Recht erscheint so als eine, in bestimmte Normen festgelegte Zwangsordnung über einzelne Individuen, die ihm unterworfen sind zu ihrem eigenen Nutzen"[132]).

b) Ganz anders war die Rolle, welche die liberalistische Forderung in der Strafrechtsauffassung der „modernen Schule" spielte. Folgerichtig hätte diese zur Preisgabe des Satzes „nulla poena sine lege" gelangen müssen, da sie davon ausging, daß ein Einzelner bestraft werden müsse, wenn er gezeigt habe, daß er ein in bestimmter Hinsicht unzulängliches Gemeinschaftsmitglied ist. Da man aber glaubte, daß der sozialistische Staat zielbewußter und rücksichtsloser gegen den sich auflehnenden Einzelnen vorgehen müsse, hielt man es für notwendig, „umso genauer die Voraussetzungen festzustellen, unter welchen der Einzelne der Gesamtheit verfällt und die Grenzen bestimmen zu müssen, bis zu welchen die Einbuße an Rechtsschutz gehen darf"[133]). Wir sehen also, daß hier der Satz „nulla poena sine lege" wieder nur lediglich die alte politische Forderung ist, weshalb er von Liszt die „Magna Charta des Verbrechers" genannt wurde[134]).

e) Für beide Richtungen, — sei es die, welche den Grundsatz „nulla poena sine lege" aus der politischen Begründung, sei es die, welche ihn erst auf den Umweg über die strafrechtliche Begründung der formalen Rechtsauffassung ableitete, — mußten sich verschiedene Konsequenzen ergeben.

Den ersteren ließ die politisch individualistische Forderung für die Analogie und die Anwendung von Gewohnheitsrecht insoweit Raum[135]), als ihre Anwendung eine dem Individuum günstige Rechtslage schaffte: in dubio mitius![136]) Für letztere hätte sich, wenn sie an dem Ausdrücklichkeitserfordernis der Norm festhielten, der Ausschluß der Analogie und der Bildung strafrechtlichen Gewohnheitsrechtes jeder Art aus ihrer Begründung der formalen Rechtsauffassung ergeben müssen[137]).

Soweit die letzteren — also wie wir sehen[138]) der überwiegende Teil — diese Konsequenz nicht zogen, sondern die Analogie zugunsten des Täters für zulässig hielten, so beweist dies, wie sehr auch sie in dem individualistischen Denken, das dem Einzelnen eine möglichst weitgehende Freiheitssphäre garantieren wollte, verfangen waren, und daß auch ihrer *strafrechtlichen* Begründung der formalen Rechtsauffassung letzten Endes die individualistisch-politische Entscheidung zugrunde lag.

---

131) Vgl. hierzu Henkel: S. 24 ff.
132) So Larenz: S. 238; vgl. beispielsweise R. Schmidt in der Gerichtssaal 96; Gerland: S. 1.
133) von Liszt: Strafrechtl. Aufsätze II S. 82, zit. nach Ackermann: S. 17.
134) Von Liszt: Lehrb. 23. Aufl. 1923 S. 89.
135) Ebenso Henkel: S. 22.
136) So Meyer-Allfeld: S. 74.
137) Diese Forderung zog z. B. Schütze, § 17.
138) Vgl. nächste Seite, Fußnote 139 bis 141, 143/144.

f) Und so war man sich denn auch von den erwähnten Ausnahmen abgesehen — in der Auffassung einig, daß die Analogie unbeschränkt zuzulassen war, wenn dadurch eine Straseinschränkung oder ein Strafausschluß bewirkt werden konnte[139]).

Man ließ etwa die Straflosigkeit des § 46 StGB mit Hilfe der Analogie nicht nur dem Täter, sondern auch dem Anstifter und Gehilfen zugute kommen[140]). Ebenso hat man zugunsten des Täters den übergesetzlichen Notstand geschaffen[141]). Und als die deutschen Gerichte sich auf Grund ihrer formalen Unrechtsauffassung gezwungen sahen, über die sogenannten „Fememörder" richten zu müssen, versuchte man zu deren Gunsten, weil man gegen die formale Rechts- bzw. Unrechtsauffassung nicht ankonnte — allerdings diesmal nicht aus liberal, sondern aus nationalen Gründen (Durchbruch einer „materiellen Rechtsauffassung"!) — einen Staatsnotstand auf dem Wege der Analogie aus §§ 52, 54 StGB abzuleiten[142]).

Ein weiteres Beispiel für die Analogie zugunsten des Täters glaubt Mezger[143]) konstruieren zu können, indem er die Strafmilderung des § 213 StGB sinngemäß auch auf die Kindstötung des § 217 StGB übertragen will.

Eick[144]) will analog der Bestimmung in § 3 JGG und im § 58 alter Fassung StGB für Angehörige fremder Völkerstämme, die einsam fern von Menschen herangewachsen sind, und denen somit für etwa von ihnen begangene, in Deutschland strafbare Handlungen, die erforderliche Einsicht fehlt, Straffreiheit zusprechen.

Abgesehen von diesen Fällen der Analogie zugunsten des Täters verlangte die herrschende Meinung[145]) strickte Durchführung des Analogieverbotes.

Somit war es erforderlich, daß in der Praxis streng geschieden werden mußte zwischen ausdehnender Auslegung und verbotene Analogie. Daß diese Grenzziehung häufig nicht möglich ist, haben wir bereits oben[146]) erwähnt, und es sei hier an einigen Beispielen aus der Praxis dargelegt.

IV. Das Analogieverbot in der Praxis des Reichsgerichts.

Wohl die ersten und bekanntesten Fälle, bei denen Meinungsverschiedenheiten über die Grenze zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung

139) So z. B. Frank: S. 21; Leipz. Kom. S. 125; Liszt-Schmidt: S. 109; Meyer-Allfeld S. 75.
140) Frank: a. a. O.; Mezger: S. 85; Gerland: S. 68.
141) Schwarz: StGB § 54 Anm. 7.
142) Oetker: In Der Gerichtssaal 97 S. 413 ff.
143) a. a. O. S. 85; a. A. RG 59, 8.
144) S. 52 ff.; zustimmend Ackermann: S. 27.
145) Vgl. die angegebene Literatur.
146) oben S. 18/19.

auftauchten, waren die Entscheidungen des Reichsgerichts[147]) über die Entwendung elektrischer Kraft. Da man damals die Ansicht vertrat, daß die Elektrizität keine Sache, sondern eine Kraft, eine Energie sei, so ergab sich die Frage, ob unter den Begriff „Sache" in § 242 StGB auch unkörperliche Gegenstände zu subsumieren seien, oder ob man sich dabei gegebenenfalls auf dem Gebiet verbotener Analogietätigkeit bewege. Das Reichsgericht kam bei der Prüfung dieser Frage zu dem Ergebnis, die Elektrizität könne nicht unter den Begriff „Sache" subsumiert werden.

Wie Eick[148]) mitteilt, wurde diese Ansicht jedoch nicht allgemein vertreten. Vielmehr hätten sich unter anderen auch Bernburg, Dalcke und Kohlrausch für die gegenteilige Meinung eingesetzt. Dernburg mit der Begründung, „die Körperlichkeit eines Gegenstandes könne nicht zur Grundlage des Sachbegriffs genommen werden. Denn worin das Wesen der Körperlichkeit liege, das wüßten wir nicht, gehe uns auch nichts an." (vgl. Eick a. a. O.)

Diese Ansicht drang jedoch nicht durch, und so sah man sich einmal, um dieser Zweifelsfrage aus dem Wege zu gehen, andererseits, um derartigen Fällen in Zukunft mit Strafe entgegentreten zu können, gezwungen, das „Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit" vom 9. April 1900 zu erlassen[149]).

Glaubte man so, die nach Ansicht des Reichsgerichts und der damals herrschenden Meinung bestehenden Lücke im Gesetz geschlossen zu haben, so wurde man — allerdings erst im Jahre 1934 — eines besseren belehrt. Das Reichsgericht hatte damals wie bekannt sein dürfte über zwei Angeklagte zu urteilen[150]), die längere Zeit hindurch öffentliche Münzfernsprecher mit Selbstanschluß benutzt, aber nicht die vorgeschriebenen Zehnpfennigstücke eingeworfen, sondern Zweipfennigstücke verwandt hatten, die sie vorher breitgeklopft hatten.

Das Reichsgericht verneinte in seiner Entscheidung das Vorliegen von Betrug, da es sich um eine Fernsprechverbindung zwischen zwei Selbstanschlußapparaten gehandelt habe und daher keine Person getäuscht und zu einer Vermögensverfügung veranlaßt worden sei. Hätten die Angeklagten Fernsprecher ohne Selbstanschluß benutzt, bei denen also die Verbindung durch Angestellte der Post auf Verlangen hergestellt wird, so wäre der Tatbestand des Betruges erfüllt gewesen, weil diese dann durch Einwurf der Münzen von niedrigerem Wert getäuscht worden wären.

Das Reichsgericht lehnt in diesem Falle auch die Bestrafung auf Grund des erwähnten Gesetzes vom 9. April 1900 ab, weil die Entziehung der elektrischen Arbeit nicht, wie dort gefordert, mittels eines Leiters vor

147) Vgl. RG 29,111 ff.; RG 32, 185.

148) a. a. O. S. 27 ff.

149) Heute halten z. B. der Leipz. Kom. S. 125 und Ackermann: S. 27 die Subsumtion der Elektrizität unter den Begriff Sache gemäß § 242 für möglich, da heute wissenschaftlich bekannt sei, daß auch die Ionen der Elektrizität etwas Körperliches darstellen.

150) RG 68, 65 ff.

sich gegangen sei. Die Angeklagten hätten zwar die Wirkung, die sonst ein Zehnpfennigstück hervorbringt auf ordnungswidrige Weise erreicht, aber nicht mittels eines Leiters Strom entzogen.

Ebenfalls wurde weder eine Münzfälschung noch deren Versuch angenommen, da die Angeklagten den Zweipfennigstücken nicht den „Schein eines höheren Wertes" im Sinne von § 146 StGB gegeben hätten.

Da somit nach Ansicht des Reichsgerichtes auch hier wieder Lücken vorlagen, die nur mit Hilfe der verbotenen Analogie hätten ausgefüllt werden können, hielt man einen Verstoß gegen die betreffenden Paragraphen nicht für gegeben.

In anderen, weiter zurückliegenden Fällen[151]), erachtete das Reichsgericht, weil es die Aufzählung der „untreuefähigen" Personengruppen in § 266 alter Fassung StGB für erschöpfend ansah, es nicht für angehend, die bei dieser Auffassung des § 266 alter Fassung StGB bestehenden Lücken durch Analogie zu schließen und die betreffenden, in Frage kommenden Personen wegen Untreue zu bestrafen.

Ebenso hielt es die damalige Meinung stets für verbotene Analogietätigkeit, hätte man einen „Hehler", der nicht die gestohlene Sache selbst, wohl aber den Erlös aus einer gestohlenen Sache oder die aus gestohlenen Gut hergestellte Sache an sich brachte, wegen Hehlerei gemäß § 257 StGB bestraft[152]). Die herrschende Ansicht ging dahin, § 257 verlange, die Sache müsse mittels einer strafbaren Handlung erlangt sein, was man von dem Erlös aus dem Diebesgut oder von der aus der gestohlenen Sache hergestellten neuen Sache (§ 950 BGB!) nicht mehr sagen könne.

Nach dieser Ansicht also sollte beispielsweise derjenige, der von einem Dieb zwei Fünfzigmarkscheine annahm, welche dieser vorher gegen den gestohlenen Hundertmarkschein eingetauscht hatte, straffrei bleiben[153]). Ebenso die guten Freunde, denen der Dieb eines Sparkassenbuches von dem abgehobenen Spargeld mitgegeben hatte, und die wußten, daß das Sparbuch gestohlen war.

In diesem Zusammenhang weist Ackermann[154]) auf einige Entscheidungen des Reichsgerichts hin, die hier angeführt sein mögen, da sie die Schwierigkeit der Abgrenzung der Analogie von der Auslegung besonders klar erkennen lassen.

Das Reichsgericht[155]) hält es für verbotene Analogie, wollte man den Dieb, der ein Behältnis, das er aus einem Gebäude oder einem umschlossenen Raum gestohlen hatte, erst außerhalb desselben erbricht, wegen schweren Diebstahls gemäß § 42 Ziff. 2 bestrafen. Nur wenn das Erbrechen eines Behältnisses noch im Gebäude selbst erfolgt ist, ist nach An-

151) Vgl. z. B. RG 24, 109 ff.; RG 35, 338 ff.
152) Vgl. RG 23, 53; RG 39, 236; RG 57, 159; Goltd. Arch. 49 S. 117.
153) RG 26, 317.
154) a. a. O. S. 33 ff.
155) RG 7, 419; RG 11, 208; RG 30, 388 ff.; zustimmend Frank: S. 528; Leipz. Kom. S. 777; Liszt-Schmidt: S. 623.

sicht des Reichsgerichts die Voraussetzung für den schweren Diebstahl im Sinne von § 243 Ziff. 2, nämlich „mittels Erbrechens aus einem Gebäude usw." gegeben.

Schließt sich das Reichsgericht in diesen Fällen des § 243 Ziff. 2 ganz eng an den Wortlaut des gesetzlich beschriebenen Tatbestandes an, so legt es offenbar in Fällen, bei denen es sich um Verstöße gegen § 243 Ziff. 4 StGB handelt, einen anderen Maßstab für seine Auslegungsweise zu Grunde, und es wird die Ansicht vertreten, das Reichsgericht habe in diesen Fällen das Analogieverbot selbst durchbrochen[156]).

Es handelt sich hier einmal darum[157]), daß ein Angeklagter auf dem Transport befindliche Säcke zerschnitten hatte, um deren Inhalt zu stehlen. Das Reichsgericht verurteilte ihn gemäß § 243 Ziff. 4 StGB, obgleich dort das Ablösen oder Abschneiden von Befestigungs- oder Verwahrungsmitteln verlangt wird. Das Reichsgericht begründet diese Entscheidung damit, daß „das ohne Ablösen erfolgende gewaltsame Öffnen" des Sackes „dem Ablösen oder Abschneiden desselben völlig gleichstehe.

Ebenso verurteilte das Reichsgericht in einem anderen Falle[158]) gemäß § 243 Ziff. 4 StGB, in welchem ein Angeklagter die Tür eines Postwagens mit Hilfe eines Eisenstückes aus der Laufschiene gehoben hatte. Auch hier führt es zu seiner Begründung an, daß strafrechtliche Bedenken hinter dem erkennbaren Zweck des Gesetzes zurücktreten müßten.

Einen anderen bezeichnenden Fall erwähnt zustimmend Schwarz[159]): Zum Raub im Sinne von § 249 StGB gehört u. a. als Mittel der Wegnahme die Anwendung von Gewalt gegen eine Person. Nach Ansicht des Reichsgerichtes[160]) hätte es verbotene Analogie erfordert, wenn man den Fall unter § 249 hätte bringen wollen, in welchem der Täter die Sache dem ahnungslosen Halter blitzschnell wegnahm.

Könnte man in der letzten Entscheidung dem Reichsgericht wieder zum Vorwurf machen, sich zu streng an den Wortlaut des Gesetzes gehalten zu haben, so wird hinsichtlich anderer Entscheidungen wiederum die Ansicht vertreten[161]), daß das Reichsgericht verbotene Analogie angewendet habe.

Dabei handelt es sich um Fälle, in denen das Reichsgericht Kinovorführungen oder das Vertreiben von Gramophonplatten oder -walzen mit unzüchtigem Text unter den Tatbestand des § 184 Ziff. 1, StGB, der unter anderem das Verbreiten unzüchtiger Schriften, Abbildungen oder Darstellungen verlangt, subsumiert hat.

Ebenso werden in einer Entscheidung — nach Ansicht des Reichsgerichts[162]) — im Wege der Auslegung auch solche Stoffe als „vergiftete

156) Dies nehmen an: Z. B. Frank: S. 531; Ackermann: S. 33 ff.
157) RG 5, 157.
158) RG 21, 429.
159) In der Gerichtssaal 106 S. 251.
160) RG 46, 403.
161) So Ackermann: S. 36 hinsichtlich RG 39, 183; RG 47, 223, 407.
162) RG 67, 360; zustimmend Schwarz, der Gerichtssaal 106 S. 248; a. A. Ackermann: S. 37.

Sachen", deren Inverkehrbringung § 324 StGB verbietet, betrachtet, die im wesentlichen aus Gift bestehen, mithin also nicht „vergiftet" im eigentlichen Sinne sind.

Sehen wir so, daß bereits die Frage der Abgrenzung von Auslegung und Analogie in der Praxis zu umstrittenen und anfechtbaren Entscheidungen führte, so mußten die Urteile, in denen es wegen der Annahme verbotener Analogie nicht zur Verurteilung der Täter kam, in einen direkten Gegensatz, sei es zur Sitte oder der Moral, sei es zu der Gerechtigkeitsauffassung, nicht nur des Volkes, sondern auch vor allem des einzelnen Richters selbst treten. Denn sowohl die Fragen, ob der Richter einen Fall erst durch ausdehnende Auslegung des Gesetzes unter den gesetzlichen Tatbestand subsumieren konnte, als auch jene, ob eine Lücke vorlag, ob also der betreffende Fall infolge der bestehenden formalen Unrechtsauffassung nur mittels Analogie als „strafrechtliches Unrecht" angesehen und bestraft werden konnte, war ja bereits das Ergebnis einer wertenden Beurteilung des Richters[163]), die er — sei es an Hand seines sittlichen oder moralischen Empfindens oder an Hand seines Gerechtigkeitsgefühls — vielleicht unbewußt, bereits vorgenommen hatte; anderenfalls hätte er ja, wenn der Wortlaut der betreffenden gesetzlichen Bestimmung nicht genau paßte, sofort freisprechen können.

Während der Richter aber in den Fällen, in denen er die Tat durch die ausdehnende Auslegung als von dem Gesetz erfaßt ansah, die herrschende formale Rechts- bzw. Unrechtsauffassung mit der in seiner Überzeugung wurzelnden materiellen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung in Einklang bringen, also verurteilen konnte, so brachte es das Analogieverbot mit sich, daß ihm dieses in den Fällen, in denen er nach seiner Meinung nur mit Hilfe der Analogie zu einer Verurteilung kommen konnte, verwehrt war.

V. Notwendigkeit des Analogieverbotes in der Zeit des Liberalismus.

Mag es durch das Analogieverbot auch zu mancher unverständlichen, geradezu ungerechten Entscheidung gekommen sein, es war richtig so:

Die deutschen Stämme hatten mit den Stammesgrenzen auch ihr angeborenes Stammesrecht zugunsten einer, wenn auch nur angestrebten Reichseinheit aufgegeben,

die im Rahmen des mittelalterlichen Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation entstandenen politischen und wirtschaftlichen Ordnungen und Rechtskreise waren durch die willkürlichen Umschichtungen des politischen Lebens und durch das Eindringen des römischen Rechtes und der damit verbundenen Umwandlung des „Schöffentums" in das „gelehrte Richtertum" in der Weiterentwicklung ihres Rechtes unterbrochen worden,

163 Vgl. auch oben S. 15, 18 ff.

der Versuch Karls V., mit Hilfe der formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung, also außerhalb der verschiedenen Anschauungen von Moral, Sitte und Recht, wenigstens auf strafrechtlichem Gebiete das deutsche Volk zu einer „Rechtsgemeinschaft" zu bringen, versagte infolge des bald darauf in der Aufklärungszeit einsetzenden Individualismus, der diese formale Rechtsauffassung, sei es zugunsten der Landesherrn, sei es zugunsten der Individuen auszunutzen verstand.

Das deutsche Volk bestand ja seitdem nur mehr in einer, innerhalb der Grenzen mehr oder weniger willkürlich organisierten Vielheit von Individuen, in denen zwar zeitweise — z. B. in großen Kriegen — der Gedanke einer nationalen Gemeinschaft spontan aufflammte, die aber sonst keinen einheitlichen Wertungsmaßstab besaß, den sie für ihre rechtliche Würdigung der Lebensvorgänge hätte zu Grunde legen können.

Somit war Platz für so viele Anschauungen und Wertungen im deutschen Volk, als Individuen vorhanden waren.

Bar jeden einheitlichen Wertempfindens konnte daher die, ein geregeltes Zusammenleben ermöglichende Rechtsgemeinschaft über dieser Vielheit von Individuen nur aufgerichtet und gewährleistet werden, wenn man den Richter streng an die bestehenden Gesetze band und ihm jede Einzelwertung untersagte. Hätte ein Richter außerhalb des Gesetzes das Recht herholen, und hätte er „einen sittlichen Maßstab anlegen wollen, es wäre der seine gewesen. Hätte jeder Richter dasselbe tun wollen, es wären so viele verschiedene Maßstäbe gewesen, als verschiedene Grundanschauungen im Volke miteinander rangen. Das wäre die offene Anarchie der Rechtspflege in der damaligen Zeit gewesen"[164]).

Daß man jedoch diese ursprünglich aus der Not geborene politische Forderung nach Ausschluß der strafbegründenden Analogie und des Gewohnheitsrechtes fast bis zum heutigen Tage[165]) immer wieder als „Schutzwehr bürgerlicher Freiheit"[166]), als Paladium der bürgerlichen Freiheit[167]), als „Grundlage des modernen Kulturstrafrechts"[168]) usw. bezeichnete, kann heute nur als ein Beweis dafür gelten, wie hoch man bis vor kurzem noch das Freisein des Indiduums von jeder gemeinschaftsmäßigen Bindung der Sicherheit der Allgemeinheit vor verbrecherischen Elementen vorzog. Kam doch diese so „garantierte Freiheitssphäre" in der Praxis höchst selten (wenn in den letzten Jahrzehnten wohl überhaupt einmal?) dem anständigen Bürger zugute, sondern gab sie nicht vielmehr, wie die angeführten Beispiele zeigten, in der Hauptsache dem findigen Verbrecher die Möglichkeit sich der verdienten Strafe zu entziehen?!

---

164) Freisler: in Deutsche Justiz 1935 S. 1161; Schaffstein: politische Strafrechtswissenschaft S. 23.
165) Vgl. Gerland z. B. in Deutscher Justiz 1934 S. 226 und Lehrb. S. 1.
166) Zitelmann: S. 17.
167) Mezger: S. 75.
168) v. Hippel: I S. 33.

Wenn das Analogieverbot, namentlich in den letzten Jahren immer drückender als „Fesselung des Richters" (Freisler) empfunden wurde, indem die Voraussetzung ihrer Anwendung, nämlich das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz, immer häufiger und aus stets wachsenden Volks- und Richterkreisen bejaht wurde, so war dies ein Zeichen, daß im deutschen Volke wiederum ein Wandel in der Rechtsauffassung vor sich ging, der so wie früher auch heute seinen Grund hatte in der Neubildung einer politischen und weltanschaulichen Wertbaltung der Persönlichkeit.

War diese jedoch in der Zeit des Liberalismus auf die Freistellung des Einzelnen gerichtet, so drängt die neue Wertbaltung hin zu der Volksgemeinschaft, wie sie für den deutschen Menschen im Nationalsozialismus ihren Ausdruck und ihre Gestalt erhielt.

Vierter Teil.

Die Bedeutung der Analogie im Strafrecht des Dritten Reiches.

I. Die Neufassung des § 2 StGB.

Mit dem Siege des Nationalsozialismus über die politisch-weltanschauliche Haltung der Vergangenheit war die liberalistisch-individualistische Begründung der formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung beseitigt worden. Dies wurde auf staats- oder verfassungsrechtlichem Wege durch das „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich" vom 24. März 1933, ergänzt durch das „Gesetz zum Neuaufbau des Reiches" vom 30. Januar 1934, zum Ausdruck gebracht und so die Lehre von der Teilung der Gewalten auch gesetzlich abgelehnt, indem die Gesetzgebung und Regierung in der Hand der Reichsregierung unter der Führung des Reichskanzlers vereinigt wurde.

Damit waren zugleich die Grundlagen des Satzes „nulla poena sine lege", die ja — seitdem die historische Rechtsschule den „Volksgeist" als die Quelle allen Rechtes aufgedeckt hatte — nur mehr der politisch-individualistischen Begründung der formalen Rechtsauffassung entsprangen[169]), verloren gegangen.

Es hing also lediglich jetzt von der Stellung ab, die dem Recht im Verhältnis zum Gesetz im nationalsozialistischen Staate zukam, ob der Grundsatz „nulla poena sine lege" beibehalten oder auch gesetzlich beseitigt wurde.

Im Gegensatz zum Faschismus, der infolge seiner eigenen „korporativen Staatsauffassung" die formale Rechtsauffassung des italienischen Positivismus in den Staat einbauen d. h. von seiner Staatsauffassung her begründen konnte und infolgedessen den Grundsatz „nulla poena sine lege" beibehielt[170]), mußte der Nationalsozialismus zu einem anderen Ergebnis kommen.

Für den Nationalsozialismus ist nicht der Staat das primäre, sondern das Volk in seiner Gesamtheit, „Der Staat ist nur ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen"[171]). Versuche, eine Begründung für eine formale Rechtsauffassung etwa aus der Staatsautorität herzuleiten, mußten also von vornherein scheitern, da eine derartige Begründung

169) Vgl. oben S. 29 ff.
170) Vgl. oben Anm. 87.
171) Adolf Hitler, Mein Kampf (1933) S. 433.

nicht bis zur letzten Grundlage allen Rechtes, der „zentralen Rechtsidee“[172]) durchdrang.

Die nationalsozialistische Rechtsauffassung konnte vielmehr nur aus der, den Anspruch auf „Totalität“ erhebenden nationalsozialistischen Weltanschauung[173]) abgeleitet werden. Dies geschah bereits in der Kampfzeit durch die von Nicolai herausgearbeitete „rassengesetzliche Rechtslehre“[174]). Diese trifft in ihrem Ergebnis mit der Lehre der historischen Rechtsschule[175]) des vorigen Jahrhunderts zusammen, indem sie ihr die rassenbiologische Grundlage für den „Volksgeist“ erschließt[176]).

Die Rechtsauffassung des Nationalsozialismus steht somit ebenso wie die Lehre der historischen Schule im Gegensatz zu einer formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung[177]):

> Nicht mehr — — *weil es im Gesetz steht*, ist ein Lebensvorgang recht oder unrecht, *sondern ein Lebensvorgang ist im Gesetz als recht oder unrecht bezeichnet, weil er recht oder unrecht ist.* (**Materielle Rechtsauffassung**).

In dem Kampf, der sich nach dem Durchbruch der nationalsozialistischen Weltanschauung um die Beibehaltung oder die Abschaffung des Analogieverbotes abspielte, konnte es sich also nurmehr um die Überwindung liberalistischer Gedankengänge oder um den Zeitpunkt der gesetzlichen Beseitigung des Analogieverbotes handeln. Letzteres war aber lediglich eine Zweckmäßigkeitsfrage[178]), die allerdings von größter Wichtigkeit war. Denn wir haben oben gesehen, daß die Analogie eine wertende Beurteilung des Richters voraussetzt, und damit nur dann ohne Gefährdung der Einheitlichkeit und Sicherheit der Rechtsprechung zugelassen werden kann, wenn hierfür ein einheitlicher Wertmaßstab vorhanden ist[179]).

Um „die Umstellung des Strafrechts auf den Geist des neuen Staates ... um ein weiteres Stück vorwärts zu treiben und so der Gesamtreform den Weg zu bereiten und sie zu entlasten“[180]), wurde als Ergebnis dieses Kampfes u. a. dem § 2 des Reichsstrafgesetzbuches durch das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs“ vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 839) folgende Fassung gegeben:

> Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und

---

172) Rosenberg: Zit. bei Nicolai S. 41; vgl. hier und folgend auch Staudinger S. 14 ff.
173) Vgl. Freisler: In Deutsche Juristenzeitung 1934 S. 44.
174) Vgl. seine Schrift gleichen Titels; ebenso Staudinger S. 14 ff.
175) Vgl. oben S. 55 ff.
176) Nicolai: S. 27/28.
177) Nicolai S. 40 ff.
178) So Mezger: In DJZ 1934 Sp. 97 ff.
179) Ebenso Dahm: In Deutsches Strafrecht 1934 S. 88.
180) Vgl. die amtliche Begründung, abgedruckt in Nr. 10 der amtl. Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz S. 27.

nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

II. Ausgangspunkte für die Untersuchung nach der Bedeutung dieser Fassung des § 2 StGB.

Bei der Beantwortung der Frage nach Sinn und Bedeutung des neuen § 2 StGB werden wir von drei Erkenntnissen ausgehen müssen, die wir im Verlauf unserer Untersuchung über die Analogie im Strafrecht aufzuzeigen uns bemühten:

1. Wir stellten im ersten Teil der Arbeit fest, daß die Analogie als Folge einer formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung im Rechtsleben als ein Mittel auftauchte, um mit ihrer Hilfe Entscheidungen über Recht und Unrecht aus dem Gesetz herbeizuführen für Ereignisse des täglichen Lebens, die nicht direkt im Gesetz enthalten sind.
2. Im zweiten Teil der Arbeit sahen wir, daß tatsächlich die Analogie ihren Ausgangspunkt im Gesetz hat, und somit auch bei der Analogietätigkeit das Gesetz die Rechtsquelle ist.
3. Im letzten Abschnitt stellten wir fest, daß die nationalsozialistische, rassengesetzliche Rechtslehre im Gegensatz zu einer formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung die materielle Rechts- bzw. Unrechtsauffassung vertritt.

Aus diesen drei Punkten folgt: Wenn man vom nationalsozialistischen Rechtsdenken ausgeht, muß die neue Bestimmung in § 2 StGB in Wahrheit etwas anderes bedeuten als die Zulassung der Analogie in irgendeiner Form[181]).

Der Grund hierfür liegt in einer neuen Auffassung vom Gesetz

Der Liberalismus erklärte aus seiner Staatsauffassung heraus — wie wir gesehen haben[182]) — das Gesetz als eine Willensnorm des Gesetzgebers, der für die Individuen Willensnormierungen schafft, indem er Befehle gibt und Verbote aufstellt.

Mit der Staatsauffassung des Liberalismus ist auch diese Erklärung des Gesetzes gefallen, wenn sich nicht auch aus der totalen nationalsozialistischen Weltanschauung dieselbe Erklärung des Gesetzes ergibt.

Wie wir sehen, ist dies jedoch nicht der Fall. Denn der Ausgangspunkt für das nationalsozialistische Rechtsdenken liegt nicht im Gesetz, sondern im Recht schlechthin, das man als das „Rechtsgewissen des Volkes" bezeichnen kann. Wie aber die „Volksgemeinschaft" nicht lediglich die Summe der Individuen, so ist das „Rechtsgewissen des Volkes" nicht die Summe

181) So auch Mezger: in DJZ 1936 Sp. 602.
182) Oben Seite 24 f.

der Rechtsgewissen der Individuen; es ist vielmehr „eine lebendig wirkende Kraft“[183]), die ihren Ausstrahlungspunkt im „Volksgeist“ hat ebenso wie u. a. die Sitte und die Moral.

Wie die Volksgemeinschaft sich in der Gesamthaltung der einzelnen Volksgenossen äußert, so tritt das Rechtsgewissen des Volkes durch eine „im innersten Kern der Persönlichkeit liegenden Werthaltung[184]) in die Erscheinung, von der auch das Sittlichkeits- und das Moralgefühl bestimmt werden.

Ein Auseinanderfallen dieser „Wertungsarten“ ist daher unmöglich:

Recht gleich Sitte gleich Moral[185]).

Man mag diese Haltung eine politische nennen, wie es u. a. die Vertreter eine „politischen Strafrechtswissenschaft“ tun[186]). Besser erscheint uns der Ausdruck Thierfelders, der sie als „aktivistisch gewendete Weltanschauung“ bezeichnet[187]). Denn diese Werthaltung der Persönlichkeit erhält heute ihre Ausrichtung durch die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie von dem nationalsozialistischen Menschen „erlebt“ wird.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint das Gesetz — heute der Führerbefehl — nicht als willkürlich gesetztes Recht, sondern nur als Ausdruck des Rechtsgewissens des deutschen Volkes, welches als Äußerung des Volksgeistes aus der nationalsozialistischen Werthaltung des Führers entspringt:

Auch der Führerbefehl schafft nicht Recht, sondern stellt nur fest, was Recht oder Unrecht ist.

Der Führer aber verkörpert die Idee des Nationalsozialismus schlechthin und damit die nationalsozialistische Werthaltung in seiner reinsten Form kraft seiner Führereigenschaft. Denn hierunter kann man die Fähigkeit verstehen, „das frei zu sagen und zu tun, wozu die Gefolgschaft noch nicht die innere Freiheit hat“[188]).

Damit besitzt der Führerbefehl als solcher — nicht erst kraft einer besonderen Autorität — den Vorzug, daß er außerhalb jeder Anzweiflung seiner Richtigkeit steht. Da so der Führerbefehl nur aus der nationalsozialistischen Werthaltung heraus verstanden werden kann, ist er aber andererseits vor Sabotage, die mit Hilfe seines Wortlauts getrieben werden könnte, geschützt[189]).

So ist es zwar einerseits z. B. nicht möglich, daß man etwa die Gesetze hinsichtlich der Unzucht zwischen Männern auch auf die „lesbische Liebe“ anwendet; andererseits aber ist es beispielsweise nicht angängig, wie das Schöffengericht und, auf die von der Staatsanwaltschaft einge-

183) Ähnlich Freisler: In DJZ 1936 S. 473 ff., 477; Nicolai a. a. O.
184) Thierfelder: S. 92.
185) U. a. z. B. Kisch: in Ztschr. der Akademie f. D. R. 1934 S. 9.
186) Z. B. Schaffstein: In der Schrift gleichen Titels.
187) Thierfelder: a. a. O.
188) So H. Stellrecht: in Arbeitsdienst und Nationalsozialismus 1934 S. 29, zit. bei Höhn, Staats- und Rechtsgemeinschaft in Zeitschr. f. d. ges. Staatswissenschaft 1935 S. 656 ff. S. 682.
189) Ähnlich Mezger: in Zeitschr. 55 Heft 1 S. 1.

legte Berufung hin, auch die Strafkammer in Bielefeld in einem, Ende des Jahres 1935 (!) vorgekommenen Fall, es tat, die Beleidigung der 400 Toten der nationalsozialistischen Bewegung zwar als solche festzustellen, aber straffrei zu lassen mit dem Hinweis, § 189 StGB verlange einen Strafantrag der Eltern, Kinder oder der Ehegatten der beleidigten Toten.

Von der nationalsozialistischen Weltanschauung aus gesehen, stellt sich daher das Gesetz nicht mehr als eine Willensnorm in Gestalt einer „Bestimmungsnorm", sondern als eine „Bewertungsnorm" dar[190]), die in der inneren Werthaltung jeder Persönlichkeit, ausgerichtet an der nationalsozialistischen Weltanschauung zum Ausdruck kommt.

Somit kann die nationalsozialistische Einzelwertung durch den Richter niemals im Gegensatz zum Führerprinzip treten, vorausgesetzt, daß Führer und Gefolgschaft die gleiche, nämlich nationalsozialistische Werthaltung besitzen[191]).

Ein Beweis für die Richtigkeit dieser hier entwickelten Auffassung vom Gesetz und ihre Übereinstimmung mit der, sich heute im nationalsozialistischen Staat herausbildenden „herrschenden Meinung" sehen wir darin: Nur bei einer derartigen Auffassung vom Strafrecht, wie sie oben entwickelt wurde, ist ein „Willensstrafrecht" in dem Sinne überhaupt möglich, daß der Bruch der Gemeinschaftsordnung als Treubruch an der Volksgemeinschaft und damit an dem Führer erscheint, wie es heute angestrebt wird: Denn das Treueverhältnis besteht nicht in einer förmlichen Rechtsbeziehung, sondern in einer im Innern der Persönlichkeit begründeten Haltung.

---

190) Vgl. Thierfelder: § 3, insbesondere auch §§ 18, 22, 23.

191) Da das Strafrecht Sowjet-Rußlands, das in seinen §§ 6 und 16 jegliche Bindung an das Gesetz aufgegeben hat, häufig als Schreckgespenst genannt wird, sei hier beiläufig folgendes bemerkt (vgl. die Übersetzung von Gallas).

Es ist richtig, daß eine solche Regelung, wie sie das Strafgesetzbuch der R.S.F.S.R. in §§ 6 und 16 trifft, einer grundlosen Willkür Tür und Tor öffnen kann. Aber es wird vielfach bei dem Hinweis auf Rußland übersehen, (so z. B. von Ackermann: S. 19/20), daß dies gerade für Rußland der Fall sein *muß*, während dies bei der oben geschilderten nationalsozialistischen Rechtsauffassung, — vorausgesetzt, daß in Deutschland die gleiche Regelung getroffen würde —, *nicht* der Fall sein *kann*. Denn in Rußland gibt es eine derartige, im Inneren der Persönlichkeit liegende Werthaltung als Maßstab für die Lebensvorgänge nicht: In Rußland ist nämlich, dank des Bolschewismus', die Persönlichkeit als solche nicht mehr vorhanden, sondern ist als „Individuum" in der Masse aufgegangen. Der Einzelne tritt daher, wenn er als wertende „Persönlichkeit" hervortritt, nur als Individuum im individualistischen Sinne in Erscheinung, d. h. er *bestimmt* frei und unabhängig von jeder Bindung, was er für Recht oder Unrecht im Sinne des Gesetzes (§§ 6, 16) hält. Daher ist die Stellungnahme, die u. a. Ackermann zu dem Strafrecht der R.S.F.S.R. einnimmt, in jeder Hinsicht völlig unzutreffend. Die Meinungsverschiedenheit liegt hier in der oben entwickelten grundsätzlichen Einstellung zum Recht und Gesetz, wie C. Schmitt in Deutsches Recht 1934 S. 225 an dem bekannten Beispiel der von Hitlerjungen einem fremden Jugendverband „gestohlenen" Fahne treffend kennzeichnet. (Ebenso auch Thierfelder: S. 131). Es ist dies der Unterschied in der Auffassung des Gesetzes als einer

Für den Nationalsozialisten stellt sich daher das Gesetz nicht als Rechtsquelle sondern nur als Rechtserkenntnisquelle dar, insofern sie der persönlichen Werthaltung bei der Rechtsfindung die vom Führer vorgezeichnete Richtung und Unterstützung verleiht. Andererseits aber erscheint das Gesetz als „Wille und Plan des Führers"[192]), soweit es der Gestaltung u. a. eines einheitlichen Rechtsdenkens dient.

III. Analogie und „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze."

Nehmen wir die vorstehenden Erörterungen zum Ausgangspunkt der Untersuchung der Frage, welches Sinn und Bedeutung der neuen Bestimmung des § 2 StGB ist, so müssen wir zu dem Ergebnis kommen, daß zwei Betrachtungsweisen möglich sind[193]).

a) Von einer formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung her gesehen, bedeutet die neue Bestimmung die Zulassung der Analogie in jeder Form, wie sie oben im zweiten Teil geschildert wurde. Aber als Wertmaßstab für die Bewertung der Frage, ob eine Lücke im Gesetz vorliegt und weshalb die Analogie zur Anwendung kommen soll, ist das „gesunde Volksempfinden" bezeichnet. Daß dieses sich als das „Rechtsgewissen des Volkes" in dem oben geschilderten Sinne darstellt und somit niemals im Widerspruch zu Sitte und Moral stehen kann, dürfte nach den obigen Erörterungen unzweifelhaft sein[194]). Dies geht aber auch aus der Beratung der amtlichen Strafrechtskommission[195]) hervor, die (im Gegensatz zur Auffassung Lobes a. a. O.) dieses ausdrücklich feststellt.

Grundlage der Strafbarkeit ist also nach dieser Auffassung[196]) gemäß § 2 n. F. StGB das Gesetz schlechthin oder insoweit aus ihm mit Hilfe der Analogie[197]) der Grundgedanke zu entnehmen ist. Das „gesunde Volksempfinden" dient dabei nur als Wertmaßstab für die Frage, ob Analogie angewendet werden soll oder nicht.

b) Eine ganz andere Bedeutung aber hat die neue Bestimmung, wenn man von der nationalsozialistischen Rechts- und Gesetzesauffassung ausgeht[198]).

Bewertungsnorm im Gegensatz zur Bestimmungsnorm.

Wann und ob überhaupt eine ähnliche Regelung wie die des russischen Strafgesetzbuchs vom 22. November 1926 für Deutschland in Frage kommt, kann hier nicht näher erörtert werden. Sie wird zu verneinen sein, aber nicht wie die betreffenden (z. B. Ackermann: a. a. O.) annehmen, wegen eines Widerspruchs zum Führerprinzip. (Vgl. oben S. 42.)

192) Ähnlich Rothenberger: DJZ 1936 Sp. 22 ff., der jedoch das Gesetz noch als abgeleitete Rechtsquelle bezeichnet. So auch DJZ 1936 Sp. 436.

193) Ebenso Frank's Nachtrag S. 185 ff.

194) A. A. Lobe in der Gerichtsz. 107 S. 129 ff.

195) vgl. S. 206, 211 bei Gürtner II. Aufl.

196) Z. B. Schwarz: „Der Gerichtssaal" 106 S. 246.

197) Oben S. 14 ff.

198) Vgl. Frank's Nachtrag a. a. O.

Hier ist das „gesunde Volksempfinden", wie es sich in der nationalsozialistischen Werthaltung der Richterpersönlichkeit äußert, der Ausgangspunkt. Das Gesetz und seine Grundgedanke dient dann lediglich zur Prüfung der Richtigkeit der richterlichen Wertung des einzelnen Falles. Als ein solcher Prüfungsmaßstab hat das Gesetz auch heute noch seine notwendige Bedeutung und wird diese auch in Zukunft beibehalten.

Insofern aber in Satz zwei bestimmt wird, daß die Strafe einem b e s t i m m t e n Gesetz entnommen werden muß, ist diese grundsätzliche „Wertungsfreiheit" des Richters jedoch eingeschränkt, soweit sich nur die Fälle als strafbar im Sinne des Gesetzes herausstellen, die einem Gesetz oder dessen Grundgedanken entsprechen[199]). Zuzugeben ist daher Lobe[200]), daß nicht jeder Verstoß gegen das „gesunde Volksempfinden" strafbar ist oder überhaupt Strafe verdient. Jedoch sind auch derartige Verstöße, die man früher wohl nur als sittliche oder moralische Verfehlungen bezeichnet hat, rechtswidrig (wenn auch nicht strafbar), da auch diese Fälle gegen die Treupflicht des Volksgenossen verstoßen.

Nur bei dieser Auffassung kann man von einer neuen Rechtsquelle sprechen, die durch die neue Bestimmung eingeführt worden ist, die allerdings nicht, wie Mezger annimmt[201]), neben das Gesetz, vielmehr nach obigen Ausführungen richtiger ü b e r das Gesetz getreten ist.

c) So sehen wir, daß die Einführung des „gesunden Volksempfindens" als Wertmaßstab für die richterliche Tätigkeit

d e r A n g e l p u n k t

ist, in welchem sich die Wendung vollziehen kann von der formalen Rechts- bzw. Unrechtsauffassung zu der Erfüllung der Forderung der materiellen Unrechtsauffassung:

„Kein Verbrechen ohne Strafe!"

Aus diesem Grund halten wir es nicht für angebracht, nunmehr — wie es häufig geschieht[202]) — Fälle anzuführen, die heute nach der neuen Bestimmung des § 2 StGB bestraft werden können. Es sei aber darauf hingewiesen, daß die im dritten Teil genannten Entscheidungen soweit ein Verstoß gegen die in Frage stehenden Paragraphen damals verneint wurde, heute anders ausfallen würden.

Daß diese Umwandlung durch das neue Gesetz hervorgerufen werden soll, ergibt sich schon aus § 2 a Abs. 1 StGB, nach welchem sich die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe n i c h t m e h r wie früher nach dem Gesetz, s o n d e r n n a c h d e m R e c h t bestimmen, das zur Zeit der Tat gilt. Vor allem geht dies aber daraus hervor, daß eine Strafrechtsreform

---

199) So auch Schaffstein: in Zeitschr. 55 Heft 1 S. 23.

200) a. a. O.

201) a. a. O. Sp. 603.

202) So z. B. durch Schwarz a. a. O. und Zeitschr. d. Akademie f. deutsches Recht 1936 Heft 2 S. 118; ebenfalls Klee: (aber vor Erlaß d. Ges. in DJZ 1934 Heft 10.

nicht Sache der Rechtstheorie, sondern der Kriminalpolitik und als solche ein Stück Staatspolitik ist und von dieser ihren Sinn empfängt[203]). Die Staatspolitik aber ist heute die des Nationalsozialismus.

Somit steht, wie im gesamten Neuaufbau des Reiches, auch hier das Gesetz nicht am Ende einer Entwicklung, sondern inmitten des klärenden, kämpferischen Vorwärtsschreitens, als ein Ausdruck aber zugleich auch als ein Ansatzpunkt für den Aufbau des Strafrechts des Dritten Reiches; als ein Beispiel des in die Zukunft schauenden, Richtung weisenden Führerbefehls. An der Gefolgschaft aber liegt es, im Wege der Ausrichtung am Geiste der nationalsozialistischen Weltanschauung diese

„Revolution im Strafrecht"[204])

zu vollziehen.

---

203) Erik Wolf: S. 5.

204) Vgl. Mitteilungsbl. des Bundes nationalsoz. deutscher Juristen 1935 Nr. 2 S. 55 (Beil. z. Ztschr. „Deutsches Recht"), ebenso Diener: in Jugend und Recht 1935 S. 169 ff.

Schluß.

Wir sehen also auch hier wieder, daß das deutsche Volk wie im politischen Leben, so auch auf dem Gebiete des Rechtslebens von der Stammesordnung aus den beschwerlichen Weg gehen mußte durch den Individualismus, um in der schrankenlosen Freiheit der Einzelpersönlichkeit erst die Voraussetzung zu finden für eine neue politische und weltanschauliche Gesamthaltung als Glied der neuen Ordnung, der Volksgemeinschaft des nationalsozialistischen Deutschen Reiches.

Lebenslauf.

Am 2. April 1908 wurde ich in Trier a. d. Mosel als Sohn des damaligen Zahlmeisteraspiranten Wilhelm Fischer geboren. Ich besuchte in meiner Heimatstadt die Vorschule J. Bohn, das Kaiser Wilhelm Gymnasium und das Hindenburg Realgymnasium, welches ich Ostern 1928 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Anschließend studierte ich an den Universitäten Würzburg Kiel, Göttingen und Münster die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 28. Juli 1934 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß am Oberlandesgericht in Celle (Hannover) die erste juristische Staatsprüfung, wurde am 5. September 1934 im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm (Westf.) zum Referendar ernannt und befinde mich seitdem im juristischen Vorbereitungsdienst in Dortmund.

Danksagung.

Auch an dieser Stelle möchte ich nicht verfehlen, dem Referenten, Herrn Geheimrat Professor Dr. Oetker meinen ergebensten Dank für die liebenswürdige Überlassung des Themas auszusprechen.